연구총서 20-AB-09

변호사와 의뢰인 간 비밀유지권에 관한 연구

A Study on the Attorney-Client Privilege

서주연·윤종행·천하람

KiC

KOREAN INSTITUTE OF CRIMINOLOGY

한국형사정책연구원

머리말

「대한민국 헌법」 제12조 제4항은 "누구든지 체포 또는 구속을 당한 때에는 즉시 변호인의 조력을 받을 권리를 가진다."고 규정하고 있습니다. 그간 변호인의 '충분한' 조력을 받을 권리는 신체구속된 피의자·피고인의 변호인의 조력을 받을 권리, 불구속 피의자·피고인의 변호인의 조력을 받을 권리, 변호인 또는 변호인이 되려는 자의 피의자·피고인을 조력할 권리 등으로 점차 확대·전개되었습니다.

2020년 검찰·경찰 수사권 조정과 더불어 수사절차에서의 인권보호와 적법절차 준수를 목적으로 변호인의 조력을 받을 권리는 더욱 주목받고 있습니다. 수사기관은 앞다투어 변호인의 접견, 신문·조사 등 참여에 관한 내부규정을 개정 내지 제정함으로써 피고인·피의자뿐만 아니라 피혐의자, 피내사자, 피해자, 참고인 등이 조사를 받는 경우에도 변호인이 참여할 수 있도록 하며, 변호인 등이 그 신문 내용을 기록할 수 있도록 하였습니다.

이러한 상황에서 우리 법제에서 변호사와 의뢰인 간 비밀유지권이 도출 또는 인정됨이 부정되고, 변호사에 대한 수사기관의 압수·수색이 제한 없이 허용되고 있는 현실은 재고될 필요성이 있습니다. 이러한 문제의식은 학계와 실무에서 이미 제기되어온 것이며, 변호사와 의뢰인 간 비밀유지권의 도입을 위한 국회 입법안도 발의된바 있습니다. 그러나 변호사와 의뢰인 간 비밀유지권이 변호사 직역의 이익을 위한 제도라는 오해와 영미법 전통에서 유래한 변호사와 의뢰인 간 특권(Attorney-Client Privilege : ACP) 또는 법률전문가 특권(Legal Professional Privilege : LPP)은 우리 법제에 적합하지 않을 수 있다는 우려 속에 그 이상의 진척이 없었던 것이 사실입니다.

본 연구는 변호사와 의뢰인 간 비밀유지권이 어디까지나 의뢰인·국민의 권리보호를 위한 것이어야 하며, 영미법계 특유의 제도가 아닌 변호사제도를 통한 법치주의, 적법절차와 같은 기본적·보편적 가치에 기반을 두고 있다는 관점을 가지고 있습니다. 또한 비밀유지권의 도입은 글로벌 스탠다드(global standard)에 맞추어 변호인의 조력을 받을 권리를 보다 섬세하게 정비하는 작업으로 이해하고 있습니다. 본 연구가

결론에 갈음하여 제시하는 입법안이 근시일내 비밀유지권의 도입을 위한 하나의 실효적인 방안으로서 가치가 있기를 기대합니다.

마지막으로 그동안 함께 본 연구에 힘써주신 윤종행 교수님, 천하람 변호사님, 안재경 인턴연구원님께 감사의 말씀을 전합니다.

2020년 12월

연구진을 대표하여

부연구위원 서 주 연

목 차

국문요약 ····· 1

제1장 서주연

서 론 ····· 3

제1절 연구의 목적 ····· 5

제2절 연구의 방법 및 범위 ····· 9

제2장 서주연

현행 변호사와 의뢰인 간 비밀유지제도 ····· 11

제1절 변호사와 의뢰인 간 비밀유지의 의의 ····· 13

1. 변호사와 의뢰인 간 비밀유지의 개념 ····· 13
2. 특권(privilege)으로서의 비밀유지권 ····· 17

제2절 변호사와 의뢰인 간 비밀유지 관련 법령 및 판례 ····· 19

1. 변호사와 의뢰인 간 비밀유지 관련 법령 ····· 19
2. 변호사와 의뢰인 간 비밀유지 관련 판례 :
   대법원 2012. 5. 17. 선고 2009도6788 전원합의체 판결 ····· 25
3. 소결 ····· 30

제3절 현행 법제에서 비밀유지권의 침해 가능성 ····· 31

1. 형사절차에서 비밀유지권의 침해 가능성 ····· 31
2. 민사절차에서 비밀유지권의 침해 가능성 ····· 36
3. 행정절차에서 비밀유지권의 침해 가능성 ····· 38

제3장 천하람

변호사와 의뢰인 간 비밀유지권 침해 동향 및 사례 ····· 43

제1절 대한변호사협회 비밀유지권 침해 실태 조사 ····· 45
1. 비밀유지권 침해 실태 조사 개관 ····· 45
2. 비밀유지권 침해 실태 조사 결과 ····· 48
3. 조사 결과 ····· 70

제2절 대한변호사협회 변호사법 개정 제안 ····· 71
1. 변호사법 개정안 제안 경위 ····· 71
2. 제안된 변호사법 개정안의 내용 ····· 72
3. 제안 이후 경과 ····· 74

제4장 윤종행

변호사와 의뢰인 간 비밀유지권에 관한 각국의 입법례: 증언거부 특권을 중심으로 ····· 77

제1절 미국 ····· 79
1. 미국에서의 변호사와 의뢰인 간 증언거부 특권의 의의 및 연혁 ····· 79
2. 증언거부의 특권에 의하여 보호되기 위한 요건 ····· 80
3. 디지털시대의 증언거부의 특권 ····· 84

제2절 EU, 유럽인권재판소 및 유럽사법재판소 ····· 86

제3절 영국 ····· 87

제4절 독일 ····· 87
1. 총설 ····· 87
2. 법 규정 ····· 88

제5절 프랑스 ····· 94

제6절 네덜란드 ····· 96

제7절 벨기에 ····· 97

제8절 스웨덴 ····· 97

제9절 스페인 ····· 98
제10절 캐나다 ····· 98
제11절 일본 ····· 99
제12절 우리나라 ····· 101
1. 법 규정 ····· 101
2. 판례의 입장 ····· 102
제13절 외국 입법례로부터 얻는 우리나라에서의 시사점 ····· 104

제5장 서주연
변호사와 의뢰인 간 비밀유지권의 입법방안 ····· 109

제1절 변호사와 의뢰인 간 비밀유지권의 도입 필요성 ····· 111
1. 의뢰인·국민 중심의 권리보호 ····· 111
2. 적법절차 원칙의 내실화 및 확장 ····· 114
3. 글로벌 스탠다드(global standard)의 반영 ····· 116
제2절 변호사와 의뢰인 간 비밀유지권의 도입 방안 ····· 119
1. 국회 입법안 검토 ····· 119
2. 「변호사법 일부개정법률안」의 입법방향 ····· 130
3. 「변호사법 일부개정법률안」의 제안 ····· 141

제6장 서주연·윤종행·천하람
결 론 ····· 147

참고문헌 ····· 159

Abstract ····· 165

표 차례

[표 1] 지회별 침해경험 여부 ····· 51
[표 2] 연차*침해주체 교차표 ····· 54
[표 3] 소속회*침해주체 교차표 ····· 55
[표 4] 자격취득유형*침해주체 교차표 ····· 56
[표 5] 자침해기관*침해유형 교차표 ····· 57
[표 6] 침해유형의 기타 사례 ····· 62
[표 7] 현행 변호사법과 개정안 ····· 73
[표 8] 제19대 내지 제21대 국회 입법안 내용 ····· 124
[표 9] 제19대 내지 제21대 국회 입법안 전체 ····· 127

그림 차례

[그림 1] 자격취득 연차 ····· 48
[그림 2] 자격취득 유형 ····· 49
[그림 3] 조사응답자의 소속회별 분포 ····· 49
[그림 4] 연차별 침해받은 경험이 있다 ····· 50
[그림 5] 연차별 침해받은 경험이 없다 ····· 51
[그림 6] 지회별 침해경험 유무 ····· 52
[그림 7] 자격취득유형별 침해가 있었다 ····· 52
[그림 8] 자격취득유형별 침해가 없었다 ····· 53
[그림 9] 자격취득 유형별 침해경험 유무 ····· 53
[그림 10] 비밀유지권 침해 권력기관 ····· 56
[그림 11] 침해기관*침해유형 빈도 그래프 ····· 57
[그림 12] 검찰의 침해유형 ····· 58
[그림 13] 경찰의 침해유형 ····· 58
[그림 14] 공정거래위원회의 침해유형 ····· 59
[그림 15] 국세청의 침해유형 ····· 59
[그림 16] 군검찰의 침해유형 ····· 60
[그림 17] 금융감독원의 침해유형 ····· 60
[그림 18] 서울시 소속 수사관 침해유형 ····· 61
[그림 19] 식약처 침해유형 ····· 61
[그림 20] 침해방식 ····· 63

국문요약

변호사의 비밀유지권 내지 비닉특권(祕匿特權)은 변호사와 의뢰인 간에 주고받은 의사소통에 관한 사실이나 자료가 법정에 제출 또는 공개되는 것을 거부할 수 있는 권리이며, 영미법에서 비닉특권은 주로 변호사와 의뢰인 간 특권(Attorney-Client Privilege : ACP) 또는 법률전문가 특권(Legal Professional Privilege : LPP)으로 칭해진다. 우리 법률은 변호사의 비밀유지의무를 명문으로 규정하고 있을 뿐 변호사 또는 의뢰인의 비밀유지권을 규정하고 있지 않으며(변호사법 제26조), 현행 법제에서 그 존부가 판례나 유권해석 등을 통해 정립되었다고 하기도 어렵다. 다만 우리 법제에서 영미법의 비닉특권과 같거나 유사한 개념의 변호사와 의뢰인 간 비밀유지권이 도출될 수 있는지 여부와 관련하여 대법원은 2012. 5. 17. 선고 2009도6788 전원합의체 판결을 통해 변호인과 의뢰인 간 특권의 존재를 부정한바 있다.

대법원의 판단에서와 같이 해석론의 영역에서 변호인과 의뢰인 간 특권이 도출되거나 인정될 수 없는 경우 문제는 입법론의 영역으로 넘어온다. 즉 그러한 특권이 현행 법제에서 부정되는 이상, 입법의 필요성 및 타당성을 엄밀히 검토하여 입법 여부를 결정하고 구체적인 입법방안을 마련해야 하는 것이다. 이때에도 변호인의 조력을 받을 권리 및 증거법 양자의 측면에서 접근해야 하며, 특히 증거법의 측면에서 실체적 진실발견과 적법절차 원칙을 균형 있게 고려해야 한다. 이에 원활한 입법 추진은 물론이고 입법 이후의 안정적인 제도 정착을 위해서는, 입법의 필요성 및 타당성이 인정되고 우리 실무 및 법체계를 고려한 비교법적 검토가 선행되어야 할 것으로 생각되었다.

본 연구의 내용은 아래와 같이 크게 네 가지로 나누어 볼 수 있으며, 우리 법체계에 적합하고 실효적인 비밀유지권의 입법방안을 마련하는 것을 목표로 하였다.

첫째, 변호사와 의뢰인 간 비밀유지권의 의의와 개념을 정립하기 위해 현행 법제에서 비밀유지에 관한 제도를 살펴보았다. 헌법, 형사소송법, 민사소송법, 변호사법, 변호사윤리장전 등 관련 법령 및 판례, 형사사법기관 및 유관기관의 내부규정을 검토

하였으며, 특히 이미 법률이 규정하고 있는 변호사의 비밀유지의무를 중심으로 변호사와 의뢰인의 관계, 비밀 또는 비밀유지의 의미, 의무의 적용범위 및 한계 등 선행연구를 분석하였다.

둘째, 변호사와 의뢰인 간 비밀유지에 대한 실무의 운영 현황을 파악하고자 앞서 언급한 대한변호사협회의 비밀유지권 침해 실태조사 결과를 제시하였다. 이는 비밀유지권 침해의 주체 및 방식을 중심으로 보다 상세히 분석되었으며, 침해의 해결방안에 대한 변호사의 주관식 응답을 법원의 올바른 판단 필요, 수사기관의 의식 제고, 입법적 조치, 제도 개선, 협회 차원의 엄중한 대응 등으로 분류하였다. 또한, 대한변호사협회가 비밀유지권에 관해 주최 또는 참가한 정책토론회 등 자료, 비밀유지권 도입을 목적으로 제19대 내지 제21대 국회에 제출된 「변호사법 일부개정법률안」에 대한 법률안 의견서, 비밀유지권 침해 사례에 대한 변호사협회 변호사법 질의 및 회신 등을 검토하고, 자문회의 등을 통해 해당 자료, 의견서 등에 관여한 변호사 및 전문가의 의견을 청취하였다.

셋째, 변호사와 의뢰인 간 비밀유지권이 영미법에서 유래한 만큼 비교법적 시사점을 도출하기 위해 세계 각국의 법령 및 운용 현황을 검토하였다. 이에 증언거부 특권의 요건과 효과를 중심으로 미국, EU, 유럽인권재판소 및 유럽사법재판소, 영국, 독일, 프랑스, 네덜란드, 벨기에, 스웨덴, 스페인, 캐나다, 일본의 입법례를 살펴보았으며, 특히 우리 법제에서도 쟁점이 되고 있는 압수·수색절차에서의 특권, 디지털 증거에서의 특권 등을 추가적으로 다루었다.

넷째, 현행 법제 및 실무에 있어 변호사와 의뢰인 간 비밀유지권 도입의 필요성과 타당성을 논증하고, 그 원활한 입법 추진 및 안정적인 제도 정착을 위해 보다 정치한 입법방안을 제시하고자 하였다. 즉 현행 법제 및 실무에서 비밀유지권 침해에 대한 위헌·위법성 여부, 형사절차뿐만 아니라 민사·행정절차에서 비밀유지권 보장의 필요성 등을 도출하였다. 또한 제19대 내지 제21대 국회의 「변호사법 일부개정법률안」을 대상으로 비밀유지의 주체, 대상, 적용범위 및 예외 등으로 분쇄·분석하여 해당 법률안의 타당성을 검토하였다. 마지막으로 본 연구의 결론으로서 현행 법제 및 실무의 개선방안에 해당하는 비밀유지권 도입을 위한 입법안을 제시하였다.

서 론

서 주 연

제1장

서 론

제1절 | 연구의 목적

변호사의 비밀유지권 내지 비닉특권(祕匿特權)은 변호사와 의뢰인 간에 주고받은 의사소통에 관한 사실이나 자료가 법정에 제출 또는 공개되는 것을 거부할 수 있는 권리이다.[1] 영미법에서 비닉특권은 주로 변호사와 의뢰인 간 특권(Attorney-Client Privilege : ACP) 또는 법률전문가 특권(Legal Professional Privilege : LPP)으로 칭해지며, 이는 의뢰인 외에 법원이나 행정기관과 같은 제3자에 대한 관계에서 의뢰인의 비밀에 관한 개시를 거부할 수 있는 권리를 말한다.[2] 미국 연방대법원은 비닉특권이 변호사와 의뢰인 간의 의사소통이 신뢰관계에서 이루어지도록 보장하기 위해서 보통법이 인정하고 있는 가장 오래된 특권이며,[3] 변호사와 의뢰인 간의 법률관계가 종료하거나 심지어 의뢰인이 사망한 경우에도 존속한다고 밝힌 바 있다.[4]

우리 법률에서 변호사의 비밀유지와 관련된 규정으로는 대표적으로 변호사의 압수거부권과 증언거부권이 있다. 즉 변호사는 업무상 위탁을 받아 소지 또는 보관하는 물건으로서 타인의 비밀에 관한 것은 압수를 거부하거나 업무상 위탁을 받은 관계로 알게 된 사실로서 타인의 비밀에 관한 것은 증언을 거부할 수 있고(형사소송법 제112조, 제149조), 직무상 비밀에 속하는 사항에 대해 증인신문을 받을 때 증언거부권을

1) 정형근, "변호사법 주석", 피앤씨미디어, 2016, 182면.
2) Bankim Thanki QC (Editor), "The Law of Privilege 3rd Edition", Oxford University Press, 2018, 12~15면.
3) Upjohn Co. v. United States, 449 U.S. 383, 389 (1981).
4) Swidler & Berlin v. United States, 524 U.S. 399 (1998).

행사할 수 있다(민사소송법 제315조 제1항).

변호사의 증언거부권 등이 비밀유지와 관련하여 의무 또는 권리 중에 어떤 성격이 보다 강한지 여부는 분명하지 않다. 이는 변호사법이 규정하고 있는 비밀유지의무와 비교하여 소송법에 규정된 증언거부권 등을 어떻게 파악하는지 여부에 따라 달리 파악되고 있기 때문이다. 즉 비밀유지의무가 변호사의 직업윤리 관점에서 의뢰인과의 관계에서 규율되는 것과 달리 소송법상 증언거부권 등은 증거법적 관점에서 그 성격상 권리로 구성된 것이라는 견해,[5] 소송법상 증언거부권 등이 변호사의 비밀유지의무를 면제한 내용으로서 변호사나 의뢰인의 권리보다 여전히 의뢰인의 비밀유지를 위한 의무로 이해된다는 견해 등이 있다.[6]

무엇보다 우리 법률은 변호사의 비밀유지의무를 명문으로 규정하고 있을 뿐 변호사 또는 의뢰인의 비밀유지권을 규정하고 있지 않으며(변호사법 제26조), 현행 법제에서 그 존부가 판례나 유권해석 등을 통해 정립되었다고 하기도 어렵다. 다만 우리 법제에서 영미법의 비닉특권과 같거나 유사한 개념의 변호사와 의뢰인 간 비밀유지권이 도출될 수 있는지 여부와 관련하여 대법원은 2012. 5. 17. 선고 2009도6788 전원합의체 판결을 통해 변호인과 의뢰인 간 특권의 존재를 부정하였다.[7] 반면 당시 원심은 명문의 규정이 없음에도 불구하고, 변호인의 조력에 관한 우리 헌법재판소의 결정 취지, 변호인과 의뢰인 간 비밀유지에 관한 현행법상 각 규정의 취지 및 한계, 영미법계 국가에서 그러한 특권이 판례상 인정되고 있는 점 등을 고려하여 변호인과 의뢰인 간 특권의 존재를 인정하였다.[8]

원심이 우리 법제에서 변호인과 의뢰인 간 특권을 인정한 것은 그러한 특권을 의뢰인의 방어권 내지 변호인의 조력을 받을 권리의 측면에서 파악하였기 때문인 것으로 보인다. 한편으로 만일 원심의 판단과 같이 변호인과 의뢰인 간 특권이 우리 법제에서 인정된다면, 그러한 특권이 미치는 증거에 대해서는 그 수집절차에 위법이 없고 진정성립이 인정되는 경우에도 증거능력을 부인하게 될 것이다. 즉 변호인과 의뢰인 간 특권은 변호인의 조력을 받을 권리뿐만 아니라 증거법의 측면에서 실체적 진실발견과

---

5) 정인진, '변호사의 비밀유지의무', "저스티스 104", 한국법학원, 2008, 140면.
6) 정형근, "변호사법 주석", 피앤씨미디어, 2016, 183면.
7) 대법원 2012. 5. 17. 선고 2009도6788 전원합의체 판결.
8) 서울고등법원 2009. 6. 26. 선고 2008노2778 판결.

적법절차 원칙 사이에서 이루어지는 정치한 이익형량의 문제와도 밀접한 관련이 있다.[9]

대법원의 판단에서와 같이 해석론의 영역에서 변호인과 의뢰인 간 특권이 도출되거나 인정될 수 없는 경우 문제는 입법론의 영역으로 넘어온다. 즉 그러한 특권이 현행 법제에서 부정되는 이상, 입법의 필요성 및 타당성을 엄밀히 검토하여 입법 여부를 결정하고 구체적인 입법방안을 마련해야 하는 것이다. 이때에도 변호인의 조력을 받을 권리 및 증거법 양자의 측면에서 접근해야 하며, 특히 증거법의 측면에서 실체적 진실발견과 적법절차 원칙을 균형 있게 고려해야 함은 물론이다.

2012년 변호사와 의뢰인 간 비밀유지 특권에 대한 대법원 판결에도 불구하고 우리 법제에서 비밀유지권에 관한 본격적인 논의는 2016년 검찰이 수사 중인 사건과 관련하여 변호사를 압수·수색한 것을 계기로 촉발하였다. 당시 대기업 총수 일가의 조세포탈 혐의에 대해 검찰이 그 세무 관리를 맡았던 법무법인을 압수·수색한 것이다.[10] 실제 영장 집행이 아닌 법무법인의 협조로 자료를 받는 방식을 취하였으나, 의뢰인의 범죄 혐의에 대해 변호사에게 영장이 청구·발부된 것에 대해 대한변호사협회 등 법조계의 반발이 있었다.[11] 그 이후에도 검찰은 2018년 대법원 산하 법원행정처의 권한남용 사건, 2019년 가습기 살균제 사건, 2020년 프로포폴 불법투약 의혹 사건 등에서 사건과 관련이 있다고 파악된 변호사가 소속된 법무법인이나 법률대리를 맡은 변호사 사무실을 압수·수색해왔으며, 이에 대한 비밀유지권 침해 논란이 계속되고 있다.[12]

2019년 4월 대한변호사협회는 의뢰인과 변호사 간의 비밀유지권 침해 실태를 파악하기 위해 전국 회원을 대상으로 비밀유지권 침해 피해 사례를 조사하였다. 그 결과

---

9) 김우진, '변호인 작성의 법률의견서의 증거능력', "형사판례연구 21", 한국형사판례연구회, 2013, 500면.

10) 이데일리, '잇단 로펌 압수수색 논란…檢 "증거 확보" vs 변호사 "방어권 침해"', 2019. 3. 3. 보도(https://www.edaily.co.kr/news/realtime/realtime_NewsRead.asp?newsid=01833526622419712, 2020. 12. 7. 검색).

11) 대한변호사협회, '성명서-검찰과 법원은 변호사의 의뢰인 비밀유지권을 침해하는 영장을 남용하지 말라', 2016. 8. 18. 성명(https://www.koreanbar.or.kr/pages/news/view.asp?teamcode=&category=&page=26&seq=7254&types=3&searchtype=&searchstr=, 2020. 12. 7. 검색).

12) 한겨레, '김앤장 압수수색 뒤, 무서운 무반응', 2018. 12. 14. 보도(http://www.hani.co.kr/arti/society/society_general/874457.html#csidxa311e9a6bb2abb6a1a52619e5ac560b, 2020. 12. 7. 검색); 조선일보, '물증 찾는다며… 툭하면 변호사 사무실 터는 검찰', 2020. 6. 20. 보도(https://www.chosun.com/site/data/html_dir/2020/06/20/2020062000182.html, 2020. 12. 7. 검색).

검찰과 경찰뿐만 아니라 수사 내지 조사 권한을 가지고 있는 국세청, 금융감독원, 공정거래위원회도 법무법인, 기업·기관 법무팀, 변호사 사무실, 피의자 사무실 등을 압수·수색하고 있으며, 구체적으로는 이들이 컴퓨터나 휴대전화를 압수·수색하여 그 내용을 확인하거나 변호인이 작성한 의견서, 메모 등을 증거로 수집한 사례 등이 확인되었다.[13] 이에 대한변호사협회는 의뢰인과 변호사 간의 비밀유지권은 재판받을 권리의 보장을 위한 전제로서 당연히 인정되어야 하며, 변호인의 조력을 받을 권리가 실질적으로 보장되기 위해서는 의뢰인과 변호사간의 상담 내용 및 이를 기록한 서류 등은 공개되어서는 안 된다고 주장하였다.[14]

그간 변호사와 의뢰인 간 비밀유지권의 도입을 위한 국회 입법안도 다수 발의되었다. 제19대 국회 노철래 의원안(의안번호 제8201호), 제20대 국회 나경원 의원안(의안번호 제9774호) 및 유기준 의원안(의안번호 제11628호), 제20대 및 제21대 국회 조응천 의원안(의안번호 제22526호 및 제697호)이 그것이다. 이들은 공통적으로 변호사법 제26조 변호사의 비밀유지의무 규정을 개정하여 비밀유지권 조항을 신설하고 있으며, 그 내용에 있어서는 대체로 영미법의 비닉특권을 참고하고 있다. 그러나 원활한 입법 추진은 물론이고 입법 이후의 안정적인 제도 정착을 위해서는 입법의 필요성 및 타당성이 인정되고, 우리 실무 및 법체계를 고려한 비교법적 검토가 선행되어야 할 것으로 생각되었다.

이에 본 연구는 먼저 현행 법제에서 변호사와 의뢰인 간 비밀유지권이 도출 또는 인정될 수 있는지 여부를 검토하기 위해 현행법상 비밀유지와 관련된 법령 및 판례 등을 분석하였다. 다음으로 실무에서 변호사와 의뢰인 간 비밀유지권이 보장 또는 침해되는 실태와 영미법 및 대륙법의 비밀유지권에 관한 제도를 파악하여 우리 법제에 시사점을 제시하고자 하였다. 이 같은 과정을 통해 우리 법체계에 적합하고 실효적

13) 대한변호사협회, '의뢰인 변호사간 비밀유지권 침해 실태조사-검경, 국세청, 금감원, 공정위 등의 침해 사례 확인', 2019. 7. 4. 보도(https://www.koreanbar.or.kr/pages/news/view.asp?teamcode=&category=&page=8&seq=9676&types=3&searchtype=&searchstr=, 2020. 12. 7. 검색); 중앙일보, '대형로펌 압수수색 뒤 위기감…"檢, 변호사까지 탈탈 털어가", 2019. 7. 5. 보도(https://news.joins.com/article/23516359#none, 2020. 12. 7. 검색).

14) 대한변호사협회, '의뢰인 변호사간 비밀유지권 침해 실태조사-검경, 국세청, 금감원, 공정위 등의 침해 사례 확인', 2019. 7. 4. 보도(https://www.koreanbar.or.kr/pages/news/view.asp?teamcode=&category=&page=8&seq=9676&types=3&searchtype=&searchstr=, 2020. 12. 7. 검색).

인 비밀유지권의 입법방안을 마련할 수 있을 것으로 기대하였다.

제2절 | 연구의 방법 및 범위

본 연구의 내용에 따른 방법 및 범위는 아래와 같이 크게 네 가지로 나누어 볼 수 있다.

첫째, 변호사와 의뢰인 간 비밀유지권의 의의와 개념을 정립하기 위해 현행 법제에서 비밀유지에 관한 제도를 살펴보았다. 헌법, 형사소송법, 민사소송법, 변호사법, 변호사윤리장전 등 관련 법령 및 판례, 형사사법기관 및 유관기관의 내부규정을 검토하였으며, 특히 이미 법률이 규정하고 있는 변호사의 비밀유지의무를 중심으로 변호사와 의뢰인의 관계, 비밀 또는 비밀유지의 의미, 의무의 적용범위 및 한계 등 선행연구를 분석하였다.

둘째, 변호사와 의뢰인 간 비밀유지에 대한 실무의 운영 현황을 파악하고자 앞서 언급한 대한변호사협회의 비밀유지권 침해 실태조사 결과를 제시하였다. 이는 비밀유지권 침해의 주체 및 방식을 중심으로 보다 상세히 분석되었으며, 침해의 해결방안에 대한 변호사의 주관식 응답을 법원의 올바른 판단 필요, 수사기관의 의식 제고, 입법적 조치, 제도 개선, 협회 차원의 엄중한 대응 등으로 분류하였다. 또한, 대한변호사협회가 비밀유지권에 관해 주최 또는 참가한 정책토론회 등 자료, 비밀유지권 도입을 목적으로 제19대 내지 제21대 국회에 제출된 「변호사법 일부개정법률안」에 대한 법률안 의견서, 비밀유지권 침해 사례에 대한 변호사협회 변호사법 질의 및 회신 등을 검토하고, 자문회의 등을 통해 해당 자료, 의견서 등에 관여한 변호사 및 전문가의 의견을 청취하였다.

셋째, 변호사와 의뢰인 간 비밀유지권이 영미법에서 유래한 만큼 비교법적 시사점을 도출하기 위해 세계 각국의 법령 및 운용 현황을 검토하였다. 이에 증언거부 특권의 요건과 효과를 중심으로 미국, EU, 유럽인권재판소 및 유럽사법재판소, 영국, 독일, 프랑스, 네덜란드, 벨기에, 스웨덴, 스페인, 캐나다, 일본의 입법례를 살펴보았으며,

특히 우리 법제에서도 쟁점이 되고 있는 압수·수색절차에서의 특권, 디지털 증거에서의 특권 등을 추가적으로 다루었다.

넷째, 현행 법제 및 실무에 있어 변호사와 의뢰인 간 비밀유지권 도입의 필요성과 타당성을 논증하고, 그 원활한 입법 추진 및 안정적인 제도 정착을 위해 보다 정치한 입법방안을 제시하고자 하였다. 즉 현행 법제 및 실무에서 비밀유지권 침해에 대한 위헌·위법성 여부, 형사절차뿐만 아니라 민사·행정절차에서 비밀유지권 보장의 필요성 등을 도출하였다. 또한 제19대 내지 제21대 국회의 「변호사법 일부개정법률안」을 대상으로 비밀유지의 주체, 대상, 적용범위 및 예외 등으로 분쇄·분석하여 해당 법률안의 타당성을 검토하였다. 마지막으로 본 연구의 결론으로서 현행 법제 및 실무의 개선방안에 해당하는 비밀유지권 도입을 위한 입법안을 제시하였다.

현행 변호사와 의뢰인 간 비밀유지제도

서 주 연

제2장

현행 변호사와 의뢰인 간 비밀유지제도

제1절 | 변호사와 의뢰인 간 비밀유지의 의의

1. 변호사와 의뢰인 간 비밀유지의 개념

가. 변호사/변호인 및 의뢰인

변호사는 제3자의 위임을 받아 타인의 법률사건과 법률사무를 처리하는 직무를 수행하는 전문자격사를 말하며,[15] 변호사법 제1조는 변호사가 사회정의와 인권 옹호를 사명으로 한다고 선언하고 있다. 변호사에게 주어지는 윤리적 의무와 특별한 권한의 내용은 변호사법 제21조 내지 제39조에 규정되어 있을 뿐만 아니라, 형법, 형사소송법, 민사소송법 등에 구체화되어 있다. 즉 형법은 변호사가 직무상 알게 된 비밀을 누설해서는 안 된다는 특별한 금지 규범을 두고 있으며(형법 제317조 제1항), 형사소송법은 변호인이 되는 자격을 원칙적으로 변호사에 국한하고 있다. 민사소송법은 변호사가 아닌 경우 원칙적으로 소송대리를 할 수 없다고 규정하고 있다. 이때 변호인이란 형사 절차에 한정하여 헌법 및 형사소송법이 보장하고 있는 다양한 절차적 권리를 적절히 활용하여 피의자·피고인의 방어권을 행사할 수 있도록 돕는 조력자를 말한다.[16]

변호사에 대하여 법률사건과 법률 사무를 처리하는 직무를 수행하도록 위임하는 제3자를 의뢰인이라고 할 수 있다. 변호사와 의뢰인 사이에 사법상 수임계약이 체결된

15) 이광수, "변호사법 개론(서울지방변호사회 법제연구원 연구총서 5)", 박영사, 2016, 1면.
16) 신동운, "간추린 신형사소송법(제12판)", 법문사, 2020, 41~42면.

이후에 한정하여 의뢰인으로 볼 것인지 여부가 문제 될 수 있다. 그러나 법률상담 단계를 거쳐야만 수임계약 체결 단계까지 진전될 수 있다는 점에서 잠재적 의뢰인과 의뢰인을 구분할 필요는 없을 것으로 생각된다. 특히 형사소송에 있어서는 사법상 수임계약 외에 변호인 선임이라는 소송행위를 통해 변호인으로서의 지위를 획득하게 되는데,[17] 사법상 수임계약 또는 변호인 선임 등 절차를 기준으로 의뢰인에 해당하는지 여부를 판단하는 것은 지나치게 엄격하다.

요컨대, 변호인과 의뢰인 간의 관계는 형사절차에서 변호인과 피의자·피고인의 관계를 의미하며, 사법상 수임계약 또는 변호인 선임과는 무관하다고 할 것이다. 반면 변호사와 의뢰인 간의 관계는 의뢰인에게 범죄 혐의가 있는지와 무관하게 혹은 범죄 혐의가 있다고 판단되기 이전 시점부터 형사절차뿐만 아니라 민사·행정절차, 그 밖에 이에 준하는 절차 전반에 걸쳐 가능하게 된다. 영미법에서 유래한 비닉특권의 경우 후자에 가까운 개념으로 이해될 수 있다.

나. 비밀 및 비밀유지

변호사와 의뢰인 간의 관계에서 비밀이란 일반적으로 알려져 있지 않고 특정인 또는 일정한 범위의 사람에만 알려져 있는 것으로서 타인에게 알려지지 않는 것이 의뢰인 본인에게 이익이 되는 사실을 말한다.[18] 비밀의 내용은 과거 범죄행위 등 위임하려는 사건의 사실관계, 그에 관한 의견과 희망사항, 입증방법, 신분 및 재산관계, 물적 증거물의 소재지에 관한 정보 등이다.[19] 이에 따라 의뢰인의 성명 등 신원관계나 현재 소재지에 관한 정보는 통상 비밀로 취급되지 않으나, 형사사건으로 도피 중인 의뢰인의 소재지에 관한 정보와 같이 그 공개가 의뢰인에게 불이익이 되는 경우 변호사는 이를 비밀로 보호해야 한다.[20]

한편 변호사가 보호해야 할 비밀의 범위에 관하여 변호사법 제26조와 변호사윤리장전 제18조가 각각 “직무상 알게 된 비밀”, “직무상 알게 된 의뢰인의 비밀”로 다르게 규정하고 있는바, 직무와 관련하여 알게 된 비밀에 한정됨을 알 수 있다. 그런데 비밀

17) 신동운, “간추린 신형사소송법(제12판)”, 법문사, 2020, 42~43면.
18) 이광수, “변호사법 개론(서울지방변호사회 법제연구원 연구총서 5)”, 박영사, 2016, 170면.
19) 박휴상, “법조윤리(제3판)”, 피데스, 2011, 180면.
20) 김태봉, ‘변호사의 비밀유지의무’, “법학논총 36 (4)”, 전남대학교 법학연구소, 2016, 270면.

의 범위에 의뢰인이 아닌 제3자의 비밀도 포함되는지 여부에 대해 의뢰인에 한정하여 보는 한정설, 제3자도 포함하여 보는 비한정설 등 견해의 대립이 있다.[21] 변호사법의 문리해석, 변호사 직무의 공익성과 업무독점성, 제3자의 비밀이 의뢰인의 이익과 관련되어 있는 경우 이를 보호해야 할 필요성 등이 인정되어 비한정설이 타당한 것으로 생각된다. 대한변호사협회의 유권해석도 이를 비한정설의 입장에서 해석하고 있다.[22]

비밀유지의 방식은 변호사법과 변호사윤리장전에 따라 그 누설이나 공개, 그리고 부당한 이용이 금지되는 것이다. 누설이란 그러한 비밀을 알지 못하는 사람으로 하여금 비밀을 알게 하는 일체의 행위를 말하며,[23] 2014년 2월 변호사윤리장전 개정 시 그 용어를 종래 공개에서 "누설"로 변경하였다. 이에 대해서는 비밀을 널리 알리는 것뿐만 아니라 특정한 누군가가 알게 하는 것도 의미하기 때문에 엄밀히는 개시(開示) 또는 누시(漏示)가 더 적절한 표현이라는 지적도 있다.[24] 또한 2014년 2월 개정 시 일본, 미국 등의 변호사 직무규정에서 공통적으로 규정하고 있는 부당한 이용의 금지를 참고하여 우리 변호사윤리장전에도 이를 규정하였다.

비밀유지는 변호사제도의 존립 기반이라고 할 수 있다. 만일 변호사에게 제공된 비밀이 공개될 것이라는 불안감이 있으면 의뢰인은 변호사에게 진실을 말하지 않을 것이며, 의뢰인으로부터 진실을 듣지 못한 변호사는 수사기관이나 법원에 확신 있는 변론을 할 수 없게 될 것이기 때문이다.[25] 또한 변호인의 조력을 받을 권리와 관련하여 비밀유지는 의뢰인이 변호사와 나눈 대화나 자료가 외부에 드러나지 않도록 보장함으로써 의뢰인으로 하여금 안심하고 변호사의 조력을 받을 수 있도록 하는 전제조건이 된다.[26]

다. 비밀유지의 의무와 권리

변호사와 의뢰인 간의 비밀유지를 규율하는 법체계는 크게 변호사윤리와 증거법의

---

21) 정형근, "변호사법 주석", 피앤씨미디어, 2016, 177면;김태봉, '변호사의 비밀유지의무', "법학논총 36 (4)", 전남대학교 법학연구소, 2016, 270면.
22) 김태봉, '변호사의 비밀유지의무', "법학논총 36 (4)", 전남대학교 법학연구소, 2016, 271면.
23) 이광수, "변호사법 개론(서울지방변호사회 법제연구원 연구총서 5)", 박영사, 2016, 170면.
24) 정인진, '변호사의 비밀유지의무', "저스티스 104", 한국법학원, 2008, 147면.
25) 정형근, "변호사법 주석", 피앤씨미디어, 2016, 174면.
26) 이광수, "변호사법 개론(서울지방변호사회 법제연구원 연구총서 5)", 박영사, 2016, 170면.

영역으로 구분될 수 있다. 변호사와 의뢰인 간 비닉특권을 인정하고 있는 영미법에서도 마찬가지이며, 특히 비닉특권은 증거법적 관점에서 발달된 것으로 알려져 있다. 이러한 구분에 따르면 변호사법 및 변호사윤리장전에서 규정하는 비밀유지의무는 변호사의 직업윤리 관점에서 규정된 것인 반면, 우리 형사소송법이나 민사소송법에서 증언거부권 등은 증거법적 관점에서 규정된 것으로 볼 수 있다.[27]

그러나 영미법의 비닉특권이 그 성격상 권리로 구성된 것이 비교적 분명한 것에 비하여 우리 법률은 변호사의 비밀유지의무를 명문으로 규정하고 있으며, 이를 권리로 인식하고 있지 않다(변호사법 제26조). 우리와 달리 비밀유지의 의무와 권리를 하나의 법조항에 두는 입법례도 있다. 예를 들어 일본 변호사법 제23조는 변호사가 그 직무상 알게 된 비밀을 유지할 권리를 가지고 의무를 진다고 규정하고 있으며,[28] 유럽연합의 「유럽변호사 행위규범(The Code of Conduct for European Lawyers)」 제2.3.1.조는 비밀유지가 일차적이고 기본적인 변호사의 권리이자 의무라고 표현하고 있다.[29]

우리 법제의 경우 변호사의 비밀유지의무와 비교하여 변호사 또는 의뢰인의 비밀유지권에 대한 관심과 연구는 상대적으로 소홀하였다고 볼 수 있다. 2016년 검찰이 수사 중인 사건과 관련하여 법무법인을 압수·수색한 것과 이에 대한 법조계와 학계의 비판을 계기로 비밀유지권에 관한 논의가 촉발되었음은 앞서 언급한 바와 같다. 이후에도 검찰은 수사과정에서 변호사가 소속된 법무법인이나 법률대리를 맡은 변호사 사무실을 압수·수색해왔으며, 이는 변호사와 의뢰인 양자에 대한 비밀유지권의 침해라는 비판을 받아왔다. 이러한 상황에서 비밀유지권은 의뢰인의 방어권과 사회적 효용의 관점에서 제도적으로 보장할 필요성이 인정된다.[30] 즉 방어권의 관점에서 의뢰

---

27) 정인진, '변호사의 비밀유지의무', "저스티스 104", 한국법학원, 2008, 140면.

28) **弁護士法（秘密保持の権利及び義務）第二十三条** 弁護士又は弁護士であつた者は、その職務上知り得た秘密を保持する権利を有し、義務を負う。但し、法律に別段の定めがある場合は、この限りでない。

29) Code of Conduct for European Lawyers
2.3. Confidentiality
2.3.1. It is of the essence of a lawyer's function that the lawyer should be told by his or her client things which the client would not tell to others, and that the lawyer should be the recipient of other information on a basis of confidence. Without the certainty of confidentiality there cannot be trust. Confidentiality is therefore a primary and fundamental right and duty of the lawyer.

30) 日本弁護士連合会, "弁護士と依頼者の通信秘密保護制度に関する最終報告", 2016. 2., 3~4면

인의 정당한 권리나 이익을 보호하기 위해서 변호사의 조력만큼 주효한 것이 없으며, 사회적 효용의 관점에서 의뢰인이 변호사와 상담함으로써 변호사로부터 적절한 조력을 얻어 사회에서 법과 절차를 준수할 수 있게 되는 것이다.

2. 특권(privilege)으로서의 비밀유지권

영미법의 변호사와 의뢰인 간 특권(ACP) 또는 법률전문가 특권(LPP)에서 말하는 특권은 우리 법체계에 친숙한 개념은 아니다. 국회의원의 직무상 면책특권과 불체포특권, 그리고 대통령의 형사상 불소추특권 등에서 특권이라는 용어를 사용하면서 그 내용 및 한계에 대해서는 논의되고 있으나(헌법 제44조 내지 제45조, 제84조), 엄밀히 말해 영미법에서 사용되는 특권의 개념은 우리 헌법에서 존재하지 않는다.[31] 따라서 이제부터 특권이라는 용어는 최대한 영미법의 변호사와 의뢰인 간 특권(ACP) 또는 법률전문가 특권(LPP)을 설명하는 데 사용될 것이며, 우리 헌법 및 기본권과 비교하여 설명하고자 한다.

특권은 특정인 또는 특정 계급에 수여된 특별한 법률적 권리, 의무의 해제 또는 벌칙의 면제로 정의되며, 기본권과 비교하여 기본권은 출생을 통해 보유하게 된 고유한 것으로 박탈할 수 없으나 특권은 후천적으로 수여된 것으로 박탈할 수 있다고 볼 수 있다.[32] 다만 동일한 내용으로 보이는 권리라 하더라도 국가나 사회에 따라 기본권 내지 특권으로 달리 인식될 수 있고, 실제로 어떠한 권리 또는 이익이 기본권 또는 특권에 속하는지 여부는 상대적으로 결정될 수 있을 것이다. 한편으로 특권은 특정한 지위 또는 신분 있는 자에게 주어진 특별한 권리를 의미하기도 하며, 다시 기본권과 비교하여 기본권이 모든 사람의 권리라면 특권은 그중에서 특정한 지위 또는 신분이 있는 일부 사람만이 특별히 가진 권리이다.[33]

그런데 영미법의 변호사와 의뢰인 간 특권을 살펴보면, 특권의 본질은 변호사의 지위 또는 신분으로 인해 인정되는 것이 아니라 변호사와 의뢰인을 포함하여 국민으로서 의무인 법정에서 증언할 의무, 영장 등 적법한 절차에 의한 압수·수색에 응할

31) 장철준, '헌법상 변호인의 조력을 받을 권리와 의뢰인의 비밀보장', "헌법학연구 23 (1)", 한국헌법학회, 2017, 24면.
32) 박지현, '진술거부권에 관한 연구(법학박사학위논문)', 서울대학교 대학원 법학과, 2007. 11면.
33) 박지현, '진술거부권에 관한 연구(법학박사학위논문)', 서울대학교 대학원 법학과, 2007. 12면.

의무 등에 대해서 예외가 인정되고 그러한 의무에서 면제될 수 있다는 의미가 더욱 강하다.[34] 그처럼 예외를 인정하는 것은 변호사 또는 변호사 직역에 대한 사적인 이익을 위한 것이 아니라 궁극적으로 의뢰인, 나아가 언제든지 의뢰인이 될 수 있는 모든 사람의 공적인 이익을 위한 것이며, 이때 비닉특권은 기본권적 성격을 띠게 된다.

만일 변호사와 의뢰인 간 비밀유지권을 특권으로 한정하여 파악하는 경우 형사절차 또는 수사·재판과정에 한정하여 피의자나 피고인, 또는 당사자의 지위에서 비로소 보장받을 수 있는 권리가 될 것이다. 반면 비밀유지권을 모든 사람에 대한 기본권적 성격으로 파악하는 경우 형사절차 또는 수사·재판절차 외에 국가가 조사 내지 수사를 주재하는 모든 절차 및 상황에서 보장받을 수 있는 권리가 된다. 예를 들어 우리 헌법과 형사소송법에서 규정하고 있는 진술거부권은 기본권으로 파악된다. 즉 그 침해를 인정하기 위해 반드시 형사절차가 개시되어 있을 것을 요구하지 않으며, 국가에 대면한 상황이나 국가로부터 신문받는 지위에 대한 특권이 아닌 대국가적·전국가적 권리 행사를 위한 당연한 조건으로 여기는 것이다.

결국 변호사와 의뢰인 간 비밀유지권의 법적 성격을 기본권과 특권 사이에 어떤 권리로 볼 것인지-비밀유지권이 현행 법제에서 도출되는 경우- 또는 어떤 권리로 설정할 것인지-비밀유지권이 현행 법제에서 도출되지 않고, 입법 필요성이 인정되어 신설하고자 하는 경우-에 따라 그 적용범위와 한계가 결정될 것이다. 아래에서는 현행 법상 변호사와 의뢰인 간 비밀유지 관련 법령의 내용을 통해 우리 법제에서 비밀유지권이 도출될 수 있는지 여부를 검토하고자 한다.

---

34) 김제완, '변론권 보장과 변호사의 비밀유지권-법적 근거와 제도개선방안을 중심으로', "변론권 보장과 변호사의 비밀유지권 토론회", 2016. 25~26면.

제2절 | 변호사와 의뢰인 간 비밀유지 관련 법령 및 판례

1. 변호사와 의뢰인 간 비밀유지 관련 법령

가. 헌법상 변호인의 조력을 받을 권리

헌법은 누구든지 체포 또는 구속을 당한 때에는 즉시 변호인의 조력을 받을 권리를 가진다고 규정하고 있고(헌법 제12조 제4항 본문), 나아가 피고인이 스스로 변호인을 구할 수 없을 때를 대비하여 국선변호인제도를 보장하고 있다(동조 동항 단서). 헌법이 보장하는 변호인의 조력을 받을 권리는 변호인의 '충분한' 조력을 받을 권리를 의미하며, 신체구속된 피의자·피고인의 변호인의 조력을 받을 권리,[35] 불구속 피의자·피고인의 변호인의 조력을 받을 권리,[36] 변호인의 피의자·피고인을 조력할 권리,[37] 변호인이 되려는 자의 피의자·피고인을 조력할 권리[38] 등으로 점차 확대·전개되었다.[39]

변호사와 의뢰인 간의 관계에서 비밀유지에 있어서는 헌법재판소가 미결수용자의 변호인에 대한 접견교통권과 관련하여 그 비밀보장을 언급한 일련의 판례를 참고할 수 있다.[40]

먼저 헌법재판소는 미결수용자가 변호인과 접견하는 과정에서 수사관이 참여하여 대화 내용을 듣거나 기록한 행위는 헌법상 변호인의 조력을 받을 권리를 침해한 것으로서 위헌이라고 결정하였다.[41] 즉 변호인의 조력을 받을 권리의 필수적 내용은 신체구속을 당한 사람과 변호인과의 접견교통권이며, 접견교통권의 충분한 보장은 구속된 자와 변호인의 대화 내용에 대해 비밀이 완전히 보장되고 어떠한 제한·영향·압력 또는 부당한 간섭 없이 자유롭게 대화할 수 있는 접견을 통해서만 가능하므로, 이러한 자유로운 접견에는 교도관이나 수사관 등 관계공무원의 참여가 없어야 한다고 확인한

35) 헌법재판소 2009. 10. 29. 선고 2007헌마992 전원재판부 결정.
36) 헌법재판소 2004. 9. 23. 선고 2000헌마138 전원재판부 결정.
37) 헌법재판소 2004. 6. 15. 선고 2004헌마474 결정, 헌법재판소 2007. 5. 31. 선고 2006헌마503 결정.
38) 헌법재판소 2019. 2. 28. 선고 2015헌마1204 결정.
39) 신동운, "간추린 신형사소송법(제12판)", 법문사, 2020, 39~41면.
40) 이태영, '변호사의 비밀유지의무', "인권과 정의 469", 대한변호사협회, 2017, 33~34면.
41) 헌법재판소 1992. 1. 28. 선고 91헌마111 결정.

것이다.

다음으로 헌법재판소는 미결수용자가 변호인에게 보내기 위해 발송 의뢰한 서신을 교도소장이 검열한 행위에 대해서도 변호인의 조력을 받을 권리를 침해한 것으로서 위헌이라고 결정하였다.[42] 즉 헌법상 변호인의 조력을 받을 권리를 위해서는 신체구속을 당한 사람과 변호인 사이의 충분한 접견교통을 허용함은 물론 교통 내용에 대해 비밀이 보장되고 부당한 간섭이 없어야 하는 것이며, 이러한 취지는 접견의 경우뿐만 아니라 미결수용자와 변호인 사이의 서신에도 적용되어 그 비밀이 보장되어야 할 것이라고 하였다. 다만 미결수용자와 변호인 사이의 서신으로서 그 비밀을 보장받기 위해서는 교도소 측에서 상대방이 변호인이라는 사실을 확인할 수 있어야 하고, 서신을 통해 마약 등 소지금지품의 반입을 도모하는 경우, 그 내용에 도주·증거인멸·수용시설의 규율과 질서의 파괴·기타 형벌 법령에 저촉되는 내용이 기재되어 있다고 의심할 만한 합리적인 이유가 있는 경우 등이 아니어야 한다고 그 범위를 제한하였다.

한편 헌법재판소는 헌법 제12조 제4항의 문언을 넘어 불구속 피의자에게 변호인의 조력을 받을 권리를 인정한 판례에 따르면, 그 내용 중 가장 핵심적인 것으로서 구체적인 입법형성이 필요한 다른 권리의 필수적인 전제요건이 되는 권리의 경우 변호인의 조력을 받을 권리 그 자체에서 도출된다고 하였다.[43] 즉 앞서 살펴본 판례들은 변호인과의 충분한 접견교통권이 변호인의 조력을 받을 권리로부터 도출된다거나 그 핵심적인 내용으로서 인정된다는 취지로 보아야 타당한 것으로 생각된다. 접견 또는 서신교환 시 그 비밀이 보장되고 부당한 간섭이 없어야 하는 것은 변호인의 조력을 받을 권리가 아닌 접견교통권 행사의 요건이기 때문이며, 이는 오히려 구체적인 입법형성이 필요한 다른 권리에 해당할 수 있다.

---

42) 헌법재판소 1995. 7. 21. 선고 92헌마144 결정; 이와 달리 수형자가 변호사에게 보낸 서신에 대한 교도소장의 검열행위의 위헌성이 문제된 사안에서 수형자가 재심절차와 관련되지 않은 이상 원칙적으로 변호인의 조력을 받을 권리의 주체가 될 수 없고, 그러한 조치가 헌법 제37조 제2항에 위반하여 헌법 제18조 통신의 자유를 침해하는 것도 아니라고 하면서 수형자가 변호인과 비밀리에 의사교환할 권리를 극히 제한적으로 인정한 사안도 있다(헌법재판소 1998. 8. 27. 선고 96헌마398 결정).

43) 헌법재판소 2004. 9. 23. 선고 2000헌마138 결정.

나. 변호사법상 변호사의 비밀유지의무

변호사법 제26조는 변호사 또는 변호사였던 자는 법률에 특별한 규정이 있는 경우가 아닌 한, 그 직무상 알게 된 비밀을 누설해서는 안 된다고 규정하고 있으며, 변호사 윤리장전 제18조 제1항은 의뢰인의 비밀에 대한 누설이나 부당하게 이용해서는 안 된다고 규정하고 있다.[44] 양 규정의 모법은 헌법 제17조에서 찾을 수 있는데,[45] 이 때문에 국민으로서 의뢰인의 사생활에 관한 비밀과 자유는 국가뿐만 아니라 단체나 사인으로부터도 폭넓게 보호받는다고 할 수 있다.[46]

변호사법은 제정 당시부터 변호사의 비밀유지의무를 규정하고 있었으며, 1982년 12월 31일 전부개정 시 본문과 단서에서 각각 비밀유지의무와 비밀누설의 예외사유를 정하는 현행법과 같은 형식으로 개정되었다.[47] 변호사법은 비밀을 외부에 드러낸다는 의미에서 "누설"로 표현되고 있으나, 널리 알리는 것뿐만 아니라 특정한 누군가가 알게 하는 것도 의미하기 때문에 엄밀히는 개시(開示) 또는 누시(漏示)가 더 적절한 표현이라는 지적도 있다.[48]

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

변호사법과 변호사윤리장전에서 비밀유지의무의 주체는 변호사 또는 변호사였던 자이며, 법무법인·법무법인(유한) 등에서 퇴직한 변호사도 이에 해당한다. 그러나 비밀유지의 대상 및 방법의 경우 변호사법보다 변호사윤리장전에서 보다 구체화되어 있다. 그 대상은 직무와 관련하여 의뢰인과 의사교환한 내용이나 의뢰인으로부터 제

---

44) 대한변호사협회 회칙으로 2017. 2. 27. 개정된 것.

45) **헌법 제17조** 모든 국민은 사생활의 비밀과 자유를 침해받지 아니한다.

46) 정형근, "변호사법 주석", 피앤씨미디어, 2016, 174~175면.

47) **제정 변호사법(법률 제63호로 1949. 11. 7. 제정되어 1949. 11. 7. 시행된 것) 제14조** 변호사는 성실히 그 직무를 수행하며 그 품위를 보지하고 소속변호사회의 회칙을 준수하여야 한다. 변호사 또는 변호사이었던 자는 다른 법령에 특별한 규정이 없는 한 그 직무상 지득한 비밀을 누설하지 못한다.
구 변호사법(법률 제3594호로 1982. 12. 31., 전부개정되어 1982. 12. 31. 시행된 것) 제22조 (비밀유지의무) 변호사 또는 변호사이었던 자는 그 직무상 알게 된 비밀을 누설하여서는 아니 된다. 다만, 법률에 특별한 규정이 있는 경우에는 그러하지 아니하다.

48) 정인진, '변호사의 비밀유지의무', "저스티스 104", 한국법학원, 2008, 147면.

출받은 문서 또는 물건, 변호사가 직무를 수행하면서 작성한 서류, 메모, 기타 유사한 자료이며, 그 방법으로는 외부에 대한 공개의 금지이다(변호사윤리장전 제18조 제2항 및 제3항). 또한 변호사법과 변호사윤리장전은 공통적으로 비밀유지의무의 예외사유를 열거하고 있다. 전자는 법률에 특별한 규정이 있는 경우이고(변호사법 제26조 단서), 후자는 중대한 공익상의 이유, 의뢰인의 동의가 있는 경우, 변호사 자신의 권리를 방어하기 위해 필요한 경우로서 최소한의 범위가 그것이다(변호사윤리장전 제18조 제4항). 이와 관련하여 변호사법에서 비밀유지의무를 규정하고 대한변호사협회 회칙인 변호사윤리장전에서 그 예외사유를 두는 입법형식이 적법한 것인지, 즉 법률유보의 원칙을 위배하여 위헌인지 여부에 대한 논란이 있다.[49]

변호사윤리장전 제18조[비밀유지 및 의뢰인의 권익보호]

① 변호사는 직무상 알게 된 의뢰인의 비밀을 누설하거나 부당하게 이용하지 아니한다.

② 변호사는 직무와 관련하여 의뢰인과 의사교환을 한 내용이나 의뢰인으로부터 제출받은 문서 또는 물건을 외부에 공개하지 아니한다.

③ 변호사는 직무를 수행하면서 작성한 서류, 메모, 기타 유사한 자료를 외부에 공개하지 아니한다.

④ 제1항 내지 제3항의 경우에 중대한 공익상의 이유가 있거나, 의뢰인의 동의가 있는 경우 또는 변호사 자신의 권리를 방어하기 위하여 필요한 경우에는, 최소한의 범위에서 이를 공개 또는 이용할 수 있다.

제47조[비밀유지의무]

법무법인 등의 구성원 변호사 및 소속 변호사는 정당한 이유가 없는 한 다른 변호사가 의뢰인과 관련하여 직무상 비밀유지의무를 부담하는 사항을 알게 된 경우에는, 이를 누설하거나 이용하지 아니한다. 이는 변호사가 해당 법무법인 등으로부터 퇴직한 경우에도 같다.

다. 소송법상 변호사의 증언거부권 등

형사소송법은 변호사의 압수거부권과 증언거부권을 규정하고 있다. 즉 변호사는 업무상 위탁을 받아 소지 또는 보관하는 물건으로서 타인의 비밀에 관한 것은 압수를 거부할 수 있고(형사소송법 제112조), 업무상 위탁을 받은 관계로 알게 된 사실로서 타인의 비밀에 관한 것은 증언을 거부할 수 있다(동법 제149조).

---

49) 정형근, "변호사법 주석", 피앤씨미디어, 2016, 187면.

형사소송법 제112조(업무상비밀과 압수)

변호사, 변리사, 공증인, 공인회계사, 세무사, 대서업자, 의사, 한의사, 치과의사, 약사, 약종상, 조산사, 간호사, 종교의 직에 있는 자 또는 이러한 직에 있던 자가 그 업무상 위탁을 받아 소지 또는 보관하는 물건으로 타인의 비밀에 관한 것은 압수를 거부할 수 있다. 단, 그 타인의 승낙이 있거나 중대한 공익상 필요가 있는 때에는 예외로 한다.

제149조(업무상비밀과 증언거부)

변호사, 변리사, 공증인, 공인회계사, 세무사, 대서업자, 의사, 한의사, 치과의사, 약사, 약종상, 조산사, 간호사, 종교의 직에 있는 자 또는 이러한 직에 있던 자가 그 업무상 위탁을 받은 관계로 알게 된 사실로서 타인의 비밀에 관한 것은 증언을 거부할 수 있다. 단, 본인의 승낙이 있거나 중대한 공익상 필요있는 때에는 예외로 한다.

형사소송법상 증언거부권 등을 변호사법이 규정하고 있는 변호사법상 변호사의 비밀유지의무와 비교하는 경우 증언거부권 등이 비밀유지의 권리 또는 의무 어느 측면에서 파악되어야 하는지는 분명하지 않다. 즉 비밀유지의무가 변호사의 직업윤리 관점에서 의뢰인과의 관계에서 규율되는 것과 달리 소송법상 증언거부권 등은 증거법적 관점에서 그 성격상 권리로 구성된 것이라는 견해,[50] 소송법상 증언거부권 등이 변호사의 비밀유지의무를 면제한 내용으로서 변호사나 의뢰인의 권리보다 여전히 의뢰인의 비밀유지를 위한 의무로 이해된다는 견해 등[51] 다소간의 대립이 있기 때문이다.

다만 변호사가 그 비밀을 누설하는 경우 변호사법상 비밀유지의무를 위반하는 것과 동시에 형법상 업무상 비밀누설죄의 구성요건에 해당하여 3년 이하의 징역이나 금고 10년 이하의 자격정지 또는 700만 원 이하의 벌금에 처해질 수 있다(형법 제371조 제1항). 이와 관련하여 소송법상 증언거부권 및 압수거부권은 권리이지 의무가 아니므로 사법절차에서 필요에 의해 증언이 요구되거나 영장에 의한 압수가 집행될 경우에는 변호사가 업무상 지득한 비밀에 관한 증언을 하거나 혹은 증거물을 교부한다 하더라도 이는 위법성이 조각되어 비밀누설죄에 해당하지 않는다고 한다.[52]

---

50) 정인진, '변호사의 비밀유지의무', "저스티스 104", 한국법학원, 2008, 140면.
51) 정형근, "변호사법 주석", 피앤씨미디어, 2016, 183면.
52) 최승재, "변호사와 의뢰인 사이의 비밀보호를 위한 제도 연구", 법률신문사, 2013, 19~20면.

형법 제317조(업무상비밀누설)

① 의사, 한의사, 치과의사, 약제사, 약종상, 조산사, 변호사, 변리사, 공인회계사, 공증인, 대서업자나 그 직무상 보조자 또는 차등의 직에 있던 자가 그 직무처리중 지득한 타인의 비밀을 누설한 때에는 3년 이하의 징역이나 금고, 10년 이하의 자격정지 또는 700만 원 이하의 벌금에 처한다.

② 종교의 직에 있는 자 또는 있던 자가 그 직무상 지득한 사람의 비밀을 누설한 때에도 전항의 형과 같다.

증언거부권에 대해서는 민사소송법에서도 유사한 규정을 두고 있다(민사소송법 제315조 제1항). 아울러 민사소송법은 직무상 비밀 등 증언거부사유 등이 적혀 있고 비밀유지의무가 면제되지 않은 문서에 대해서 법원의 제출명령에도 불구하고 예외적으로 제출을 거부할 수 있다고 규정하고 있다(동법 제344조 제2항 제1호).

민사소송법 제315조(증언거부권)

① 증인은 다음 각호 가운데 어느 하나에 해당하면 증언을 거부할 수 있다.

1. 변호사·변리사·공증인·공인회계사·세무사·의료인·약사, 그 밖에 법령에 따라 비밀을 지킬 의무가 있는 직책 또는 종교의 직책에 있거나 이러한 직책에 있었던 사람이 직무상 비밀에 속하는 사항에 대하여 신문을 받을 때
2. 기술 또는 직업의 비밀에 속하는 사항에 대하여 신문을 받을 때

② 증인이 비밀을 지킬 의무가 면제된 경우에는 제1항의 규정을 적용하지 아니한다.

제344조(문서의 제출의무)

① 다음 각호의 경우에 문서를 가지고 있는 사람은 그 제출을 거부하지 못한다.

1. 당사자가 소송에서 인용한 문서를 가지고 있는 때
2. 신청자가 문서를 가지고 있는 사람에게 그것을 넘겨 달라고 하거나 보겠다고 요구할 수 있는 사법상의 권리를 가지고 있는 때
3. 문서가 신청자의 이익을 위하여 작성되었거나, 신청자와 문서를 가지고 있는 사람 사이의 법률관계에 관하여 작성된 것인 때. 다만, 다음 각목의 사유 가운데 어느 하나에 해당하는 경우에는 그러하지 아니하다.
   가. 제304조 내지 제306조에 규정된 사항이 적혀있는 문서로서 같은 조문들에 규정된 동의를 받지 아니한 문서
   나. 문서를 가진 사람 또는 그와 제314조 각호 가운데 어느 하나의 관계에 있는 사람에 관하여 같은 조에서 규정된 사항이 적혀 있는 문서
   다. 제315조 제1항 각호에 규정된 사항중 어느 하나에 규정된 사항이 적혀 있고 비밀을 지킬 의무가 면제되지 아니한 문서

② 제1항의 경우 외에도 문서(공무원 또는 공무원이었던 사람이 그 직무와 관련하여 보관하거나 가지고 있는 문서를 제외한다)가 다음 각호의 어느 하나에도 해당하지 아니하는 경우에는 문서를 가지고 있는 사람은 그 제출을 거부하지 못한다.

1. 제1항 제3호 나목 및 다목에 규정된 문서
2. 오로지 문서를 가진 사람이 이용하기 위한 문서

마. 형집행법상 변호인과의 접견권

형집행법 제84조는 교정시설에 수용 중인 미결수용자가 변호인 또는 변호인이 되려는 자와 접견하는 경우 그 내용을 청취·녹음하거나 변호사와의 편지를 검열하는 것은 금지하고 있다. 그러나 동조 제2항이 변호인 간의 접견에 대해 시간과 횟수를 제한하지 않는다고 규정하고 있는 것을 보면, 동조는 변호사와 의뢰인 간 비밀유지의 측면보다는 의뢰인이 구금된 상황을 고려하여 변호인의 접견·교통권, 참여권 등을 보장하고자 하는 취지의 조항으로 판단된다. 구금되지 않았더라면 변호인과 상담하거나 편지, 메일 등을 교환하는 데 굳이 제한이나 검열을 받지 않을 것이고, 교정시설로서는 일상적인 보안·감시절차로부터 수용자와 변호인 간의 의사소통을 예외로 규율할 필요가 있을 것이기 때문이다.

형의 집행 및 수용자의 처우에 관한 법률 제84조(변호인과의 접견 및 편지수수)

① 제41조 제4항에도 불구하고 미결수용자와 변호인(변호인이 되려고 하는 사람을 포함한다. 이하 같다)과의 접견에는 교도관이 참여하지 못하며 그 내용을 청취 또는 녹취하지 못한다. 다만, 보이는 거리에서 미결수용자를 관찰할 수 있다.

② 미결수용자와 변호인 간의 접견은 시간과 횟수를 제한하지 아니한다.

③ 제43조 제4항 단서에도 불구하고 미결수용자와 변호인 간의 편지는 교정시설에서 상대방이 변호인임을 확인할 수 없는 경우를 제외하고는 검열할 수 없다.

2. 변호사와 의뢰인 간 비밀유지 관련 판례 : 대법원 2012. 5. 17. 선고 2009도6788 전원합의체 판결

가. 사건의 개요

A 회사는 K 지역에서 추진되고 있는 주택재개발사업에서 건설사업의 시공권을 획득하기 위해 노력하고 있었다. A 회사의 K 지역 담당사업소 소장은 갑이며, 본부장은 을이다. A 회사는 B 법무법인에 법률자문을 구하였고, B 법무법인은 이에 응하여 소속변호사 C가 작성한 전자메일 형태의 의견서(이하 '이 사건 법률의견서')를 발송하였다. K 지역에 주택재개발조합(K 조합)이 결성되었고, K 조합의 조합장으로 병이 입후보하여 당선되었다. A 회사는 조합원 투표를 통해 K 조합의 시공사로 선정되었다.

A 회사가 시공사로 선정된 후 다음과 같은 제보가 있었다. 즉 A 회사의 자금이 D 회사를 거쳐 E 회사에 전달되었고 E 회사에 전달된 자금은 병의 조합장 선거 홍보비로 지급되었으며, A 회사는 이를 통해 K 조합으로부터 시공권을 획득하였다는 내용이었다. 검찰은 A 회사의 K 지역 담당사업소를 압수·수색하였고, 압수·수색 과정에서 B 법무법인이 A 회사에 보낸 전자메일 형태의 의견서를 발견하였다. 검사는 전자메일을 디지털 저장매체의 압수로 확보하였다. 또한 정과 무를 상대로 의견서의 작성 경위와 내용을 조사하여 정과 무의 진술을 검찰 진술조서에 기재하였다.

피고인 갑, 을은 병에게 도급계약의 체결 또는 건설공사의 수급과 관련하여 부정한 청탁에 의한 재산상 이익을 공여하였으며, A 회사는 사용인인 피고인 갑, 을이 A 회사의 업무에 관하여 위와 같은 위반행위를 하였다는 이유로 각 건설사업기본법 위반죄로 기소되었다. 이 사건 법률의견서는 출력되어 법정에 문건으로 제출되었으나, 피고인 갑, 을, A 회사는 이를 증거로 하는 데 동의하지 않았다. 또한 정과 무에 대한 검찰 진술조서도 증거로 제출되었으나, 피고인 갑, 을, A 회사는 이를 증거로 하는 데 동의하지 않았고 정과 무는 증인으로 출석하였으나 증언을 거부하였다. B 법무법인 소속변호사 C는 항소심에서 증인으로 출석하였으나 증언해야 할 내용이 A 회사로부터 업무상 위탁을 받은 관계로 알게 된 타인의 비밀에 관한 것이라고 소명한 후 증언을 거부하였다.

나. 대법원 2012. 5. 17. 선고 2009도6788 전원합의체 판결 검토

원심과 대법원의 결론은 이 사건 법률의견서의 증거능력을 부정하는 것으로 동일하였다. 그러나 양 법원의 판단과정에서 가장 크게 견해의 차이를 보인 것은 비밀유지특권의 인정 여부였다. 원심은 비록 현행법상 규정은 없으나 헌법상 변호인의 조력을 받을 권리 중 하나로서 비밀유지 특권을 인정한 반면, 대법원은 변호인의 조력을 받을 권리, 변호인과 의뢰인 간 비밀유지의 범위 등을 그보다 좁게 해석하여 우리 법제에서의 비밀유지 특권을 부정한 것이다.

다만 대법원이 형사절차에서 피의자·피고인이 아닌 사람이 일상적 생활관계에서 변호사와 상담한 법률자문에 대해서도 변호인의 조력을 받을 권리의 내용으로서 비밀유지 특권을 도출할 수 없다고 판시하고 있음에 주목하여 피의자·피고인에 해당하는

경우 그 특권이 인정될만한 여지를 두고 있다고 해석하는 견해도 있다.[53]

> 위와 같은 변호인의 조력을 받을 권리, 변호사와 의뢰인 사이의 비밀유지 범위 등에 관한 헌법과 형사소송법 규정의 내용과 취지 등에 비추어 볼 때, 아직 수사나 공판 등 형사절차가 개시되지 아니하여 피의자 또는 피고인에 해당한다고 볼 수 없는 사람이 일상적 생활관계에서 변호사와 상담한 법률자문에 대하여도 변호인의 조력을 받을 권리의 내용으로서 그 비밀의 공개를 거부할 수 있는 의뢰인의 특권을 도출할 수 있다거나, 위 특권에 의하여 의뢰인의 동의가 없는 관련 압수물은 압수절차의 위법 여부와 관계없이 형사재판의 증거로 사용할 수 없다는 견해는 받아들일 수 없다고 하겠다. 원심이 이 사건 법률의견서의 증거능력을 부정하는 이유를 설시함에 있어 위와 같은 이른바 변호인-의뢰인 특권을 근거로 내세운 것은 적절하다고 할 수 없다(대법원 2012. 5. 17. 선고 2009도6788 전원합의체 판결).

대법원은 12대 1로 견해가 나뉘었으며, 다수의견은 변호인의 증언거부가 다음과 같은 논거로 형사소송법 제314조의 '기타 사유로 진술할 수 없는 때'에 해당하지 않는다고 판단하였다.

동법 제314조는 원진술자 등의 진술에 의해 진정성립이 증명되지 않는 전문증거에 대해 예외적으로 증거능력이 인정될 수 있는 사유를 들고 있는데, 이는 종전 규정에 비해 예외사유의 범위를 더욱 엄격하게 제한한 것으로서 직접심리주의와 공판중심주의의 요소를 강화하려는 취지가 반영된 것이다. 또한 동법 제149조는 변호사 등의 직에 있는 자 또는 이러한 직에 있었던 자는 그 업무상 위탁을 받은 관계로 알게 된 사실로서 타인의 비밀에 관한 것에 대해 증언을 거부할 수 있는 권리를 보장하고 있다. 위와 같은 동법 제314조의 문언과 개정 취지, 증언거부권 관련 내용 등에 비추어 법정에 출석한 증인이 동법 제149조 등에서 정한 바에 따라 정당하게 증언거부권을 행사하여 증언을 거부한 경우는 동법 제314조의 "그 밖에 이에 준하는 사유로 인하여 진술할 수 없는 때"에 해당하지 않는다.

한편 대법원은 원심이 이 사건 법률의견서의 증거능력을 부정하는 이유를 설시함에 있어 이른바 변호인과 의뢰인 사이의 특권을 근거를 내세운 것은 적절하다고 할 수 없으나, 이 사건 법률의견서의 증거능력을 부정하고 이를 증거로 채택하지 않는 결론은 다음과 같은 이유에서 정당하다고 판단하였다.

먼저 변호인의 조력을 받을 권리, 변호사와 의뢰인 사이의 비밀보호 범위 등에 관한 헌법과 형사소송법 규정의 내용과 취지 등에 비추어 피의자 또는 피고인에 해당

53) 송시섭, '변호사 법률의견서의 증거능력', "동아법학 제58호", 2013, 411면.

한다고 볼 수 없는 사람이 일상적 생활관계에서 변호사와 상담한 법률자문에 대해서도 변호인의 조력을 받을 권리의 내용으로서 그 비밀의 공개를 거부할 수 있는 의뢰인의 특권을 도출할 수 있다거나, 위 특권에 의해 의뢰인의 동의가 없는 관련 압수물은 압수절차의 위법 여부와 관계없이 형사재판의 증거로 사용할 수 없다는 견해는 받아들일 수 없다.

다음으로 이 사건 법률의견서는 압수된 디지털 저장매체로부터 출력한 문건으로서 그 실질에 있어 형사소송법 제313조 제1항에 규정된 "피고인 아닌 자가 작성한 진술서나 그 진술의 기재한 서류"에 해당한다고 할 것인데, 공판준비 또는 공판기일에서 그 작성자 또는 진술자인 변호사의 진술에 의해 그 성립의 진정함이 증명되지 않았으므로 증거능력을 인정할 수 없다. 나아가 원심에서 공판기일에 출석한 위 변호사가 이 사건 법률의견서의 진정성립 등에 관해 진술하지 않은 것은 동법 제149조에 따라 정당하게 증언거부권을 행사한 경우에 해당하므로 동법 제314조에 의해 이 사건 법률의견서의 증거능력을 인정할 수도 없다.

다. 제1심 및 제2심과의 비교

제1심은 이 사건 법률의견서의 증거능력을 다음과 같은 논거로 부정하였다.[54]

먼저 대법원은 형사소송법상 명문의 규정이 없음에도 구금된 피의자에 대해 변호인의 피의자신문참여를 요구할 권리를 인정한 바 있으며(대법원 2003. 11. 11. 선고 2003모402 판결), 헌법재판소는 불구속 피의자에 대해 변호인의 피의자신문참여를 요구할 권리를 인정한 바 있다(헌법재판소 2004. 9. 23. 선고 2000헌마138 결정). 또한 변호인과 의뢰인 사이의 의사교환은 비밀로 유지할 필요가 있고, 변호인의 조력을 충분히 받기 위해서는 변호인과의 사이에 비밀보장이라는 신뢰가 전제되어야 한다. 현행법상 변호인과 의뢰인 사이의 비밀유지 관련 규정들이 있으나(형법 제317조 제1항, 형사소송법 제112조, 제149조 등), 의뢰인으로서는 자신의 의사에 반하여 비밀이 누설됨으로서 입을 수 있는 형사상 불이익을 방지하기에 부족하다.

영미법계 국가에서는 판례 및 법령에서 변호인과 의뢰인 사이에서 의뢰인이 공개를

54) 서울중앙지법 2008. 10. 9. 선고 2007고합877 판결.

거부할 수 있는 특권(Attorney-Client Privilege 또는 Legal Professional Privilege)이 인정되고 있는 바, 앞서 본 판례의 취지, 현행법상 변호인과 의뢰인 사이의 비밀유지에 관한 각 규정의 취지 및 한계 등을 고려하면, 비록 현행법상 명문의 규정은 없으나 헌법 제12조 제4항의 의해서 인정되는 변호인의 조력을 받을 권리 중 하나로서 변호사와 의뢰인 사이의 특권을 보유하는 것이라고 보아야 한다.

따라서 이 사건 법률의견서는 법정에서 작성자인 B 법무법인 소속변호사 C에 의해 성립의 진정이 인정되지 않은 이상 증거능력이 없으며, 나아가 의뢰인에 해당한다고 할 수 있는 A 회사가 이 사건 법률의견서에 대해 압수를 허락하거나 이를 증거로 사용함에 동의한 바 없는 이상 설령 작성자인 변호사에 의해 성립의 진정이 인정된다 하더라도, 그 압수절차의 위법 여부와 관계없이 변호사와 의뢰인 사이의 특권에 의해 의뢰인인 A 회사, 그 의뢰인에 포함된다고 볼 수 있는 피고인 갑, 을에 대해서 그 범죄사실을 인정할 증거로 사용될 수 없다고 할 것이다.

검사는 제1심이 현행법상 명문의 규정이 없음에도 피고인들에게 변호인과 의뢰인 사이의 특권에 인정된다고 전제한 후 이 사건 법률의견서의 증거능력이 부인된다고 보아 이 사건 법률의견서를 증거로 채택하지 않은 것은 법리를 오해하여 변호인의 변호권 범위를 과대하게 인정하고 그 결과 심리를 다하지 않은 위법을 저지른 것이라고 주장하며 불복 항소하였다. 이에 관해 항소심은 제1심의 설시 내용을 거의 유사하게 원용한 다음, 제1심이 변호인과 의뢰인 사이의 특권을 도출하고 이를 근거로 이 사건 법률의견서의 증거능력을 부인한 조처는 타당하다고 보아 검사의 이 부분 항소를 기각하였다.[55]

> … 비록 우리 현행법상 명문의 규정은 없지만, 변호인의 조력에 관한 우리 헌법재판소의 결정 취지, 현행법상 변호인과 의뢰인 사이의 비밀유지에 관한 각 규정의 취지 및 한계, 미국, 영국 등 영미법계 국가에서 변호인과 의뢰인 사이에서 의뢰인이 법률자문을 받을 목적으로 비밀리에 이루어진 의사 교환에 대하여 의뢰인이 공개를 거부할 수 있는 특권(Attorney-Client Privilege 또는 Legal Professional Privilege 등의 이름으로 불림)이 판례상 인정되고 있는 점 등을 고려하면, 피의자 또는 피고인에 대하여 비록 형사소송법 등에서 구체적으로 규정되고 있지 않으나 헌법 제12조 제4항에 의하여 인정되는 변호인의 조력을 받을 권리 중 하나로서, 변호인과 의뢰인 사이에서 의뢰인이 법률자문을 받을 목적으로 비밀리에 이루어진 의사 교환에 대하여는 의뢰인이 그 공개를 거부할 수 있는 특권을 보유하는 것이라고 보아야 한다고 판단하였다(서울고등법원 2009. 6. 26. 선고 2008노2778 판결, 밑줄 추가).

55) 서울고등법원 2009. 9. 26. 선고 2008노2778 판결.

3. 소결

우리 법제에서 도출 또는 인정될 수 있는지 여부와 관련하여 변호사와 의뢰인 간 신뢰보호 또는 비밀유지와 관련된 것으로 보이는 관련 규정들을 살펴보았다.

변호사법 제26조는 변호사의 비밀유지의무를 규정하고 있으며, 형사소송법 제112조 및 제149조에 따라 변호사는 업무상 비밀과 관련하여 그 업무상 위탁을 받아 소지·보관하는 물건에 대한 압수거부권과 타인의 비밀에 관한 것에 대한 증언거부권을 행사할 수 있다. 그러나 의뢰인의 입장에 보면 변호인이 작성·교부하여 의뢰인이 소지·보관하는 것에 대해서는 압수거부권을 행사할 수 없고, 변호인과 상의하였거나 법적 조언을 받았다고 하여 그 내용에 대해 증언거부권을 행사할 수 없다. 요컨대, 위 규정들은 변호사가 직무를 수행하면서 지득한 타인의 비밀을 폭로하거나 이용하지 않아야 하는 규범을 법적으로 규율하는 취지에서 입법되었을 가능성이 높아 보인다.

형집행법 제84조는 교정시설에 수용 중인 미결수용자가 변호인 또는 변호인이 되려는 자와 접견하는 경우 그 내용을 청취·녹음하거나 변호사와의 편지를 검열하는 것은 금지하고 있다. 그러나 동조 제2항이 변호인 간의 접견에 대해 시간과 횟수를 제한하지 않는다고 규정하고 있는 것을 보면, 동조는 변호사와 의뢰인 간 비밀유지의 측면보다는 의뢰인이 구금된 상황을 고려하여 변호인의 접견·교통권, 참여권 등을 보장하고자 하는 조항으로 판단된다. 구금되지 않았더라면 변호인과 상담하거나 편지, 메일 등을 교환하는 데 굳이 제한이나 검열을 받지 않을 것이고, 교정시설로서는 일상적인 보안·감시절차로부터 수용자와 변호인 간의 의사소통을 예외로 규율할 필요가 있을 것이기 때문이다.

결국 현행 법제의 관련 규정들을 통해서는 변호사와 의뢰인 간 비밀유지에 다소 한계가 있다. 특히 압수·수색절차에서 변호사가 거부권을 행사하거나 수사과정에서 비밀유지의무를 주장하는 것은 쉽지 않다고 지적된다.[56] 따라서 형사소송법상 압수거부권 또는 증언거부권의 행사와 관련하여 변호사가 지득한 비밀에 대한 보호가 좀 더 고려될 여지가 있다고 하더라도, 현행법상 관련 법령의 해석을 통해서는 앞서 살펴본 영미법의 변호사와 의뢰인 간 특권(ACP)과 같거나 유사한 개념의 특권이 도출

56) 대한변호사협회, 의뢰인 변호사간 비밀유지권 침해 실태조사(보도자료), 2019. 7. 4.보도.

되거나 인정되는 것은 아니라고 생각된다.

우리 대법원은 2012. 5. 17. 선고 2009도6788 전원합의체 판결을 통해 변호인과 의뢰인 간 특권의 존재를 부정하였다.[57] 반면 원심은 명문의 규정이 없음에도 불구하고, 변호인의 조력에 관한 우리 헌법재판소의 결정 취지, 변호인과 의뢰인 간 비밀유지에 관한 현행법상 각 규정의 취지 및 한계, 영미법계 국가에서 그러한 특권이 판례상 인정되고 있는 점 등을 고려하여 변호인과 의뢰인 간 특권의 존재를 인정하였다.[58] 그러나 대법원의 판단에서와 같이 변호인과 의뢰인 간 특권이 도출되거나 인정될 수 없는 경우 이제부터는 입법을 염두에 두고 그 필요성 및 타당성을 엄밀히 검토하여 입법 여부를 결정하고 구체적인 입법방안을 마련할 수밖에 없다.

아래에서는 우리 법제에서 변호사와 의뢰인 간 비밀유지권이 우리 법제에서 도출되거나 인정되지 않음을 전제로 형사절차뿐만 아니라 민사·행정절차에서 비밀유지권 침해의 가능성 및 비밀유지권 보장의 필요성을 검토하였다.

제3절 | 현행 법제에서 비밀유지권의 침해 가능성

1. 형사절차에서 비밀유지권의 침해 가능성

가. 형사소송법상 압수거부권의 적용범위 및 한계

형사절차에서 수사기관은 피의사건과 관계가 있다고 인정되는 경우 피의자의 신체, 물건 또는 주거, 그 밖의 장소를 수색할 수 있고, 피고인 아닌 자의 신체, 물건, 주거 기타 장소에 관해서도 압수할 물건이 있다고 인정되는 경우 수색할 수 있다(형사소송법 제219조, 제109조). 그리고 피의사건과 관계가 있다고 인정되는 경우 증거물 또는 몰수될 것으로 생각되는 물건을 압수할 수 있다(동법 제219조, 제106조 제1항). 이 같은 압수·수색은 강제처분에 해당하며, 이를 통해 변호사와 의뢰인 간에 주고받은

57) 대법원 2012. 5. 17. 선고 2009도6788 전원합의체 판결.
58) 서울고등법원 2009. 6. 26. 선고 2008노2778 판결.

전자메일, 문자메시지, SNS 교신내역뿐만 아니라 변호사가 작성한 메모, 법률의견서, 상담일지 등이 압수될 수 있다.[59]

변호사 또는 변호사였던 자는 타인의 비밀과 관련하여 그 업무상 위탁을 받아 소지 또는 보관하는 물건에 대한 압수를 거부할 수 있다(동법 제112조). 그러나 압수거부권 행사의 주체 및 대상은 변호사와 변호사가 업무상 위탁을 받아 소지 또는 보관하는 물건에 한정되어 있다. 이에 따라 변호사와 의뢰인 사이에 의사교환의 내용이 담긴 자료가 물건에 해당하는지 여부, 변호사 외에 의뢰인 또는 제3자가 그 의사교환의 내용이 담긴 자료를 소지 또는 보관하고 있는 경우 압수거부권을 행사할 수 있는지 여부가 문제될 수 있다.

형사소송법 제112조가 변호사 등이 업무상 지득한 비밀을 보호하기 위한 취지인 만큼, 사건과 관련하여 의뢰인으로부터 교부받은 자료는 업무상 위탁을 받은 물건에 해당할 수 있을 것이다. 그러나 이를 바탕으로 하여 변호사가 법률자문 또는 소송준비를 목적으로 작성한 의견서 등의 서류는 의뢰인으로부터 위탁 받은 물건에 해당하지 않을 수 있다. 또한 변호사와 의뢰인의 의사교환이 전자메일이나 문자메시지 등의 방식으로 송·수신된 경우 그 내용에 대해서도 '물건'에 해당하지 않을 가능성이 높다.[60]

변호사에게 교부한 자료나 변호사가 작성한 서류의 사본이거나 그와 동일한 내용의 자료라 하더라도, 변호사 외에 의뢰인 또는 제3자가 소지 또는 보관하고 있는 경우 압수거부권이 인정될 수 있다고 보기 어렵다.[61] 그런데 의뢰인이 변호사에게 교부한 자료 또는 이를 바탕으로 변호사가 작성한 서류와 관련하여 그 사본 또는 동일한 내용의 자료가 의뢰인 또는 제3자가 소지 또는 보관하고 있다는 이유로 압수될 수 있는 것은 불합리하다. 압수된 이후 변호사가 자신의 진술 부분에 대해 형사소송법 제149조의 증언거부권을 행사하거나 압수의 적법성을 다투어 종국에 그 증거능력이 부인된다 하더라도, 이미 수사의 단서로 활용되거나 외부에 의뢰인의 비밀이 노출되

---

59) 손창완, '변호사·의뢰인 간 비밀 의사교환의 보호-비닉권의 인정가능성 및 관련 법률의 해석', "법학논총 32 (2)", 2019, 18면.

60) 정주백, '제2주제 토론문-헌법상 변호인의 조력을 받을 권리와 변호사·의뢰인의 비밀보장', "한국헌법학회·사법정책연구원 공동학술대회-직무상 비밀에 대한 헌법상 보호", 2016, 89면.

61) 손창완, '변호사·의뢰인 간 비밀 의사교환의 보호-비닉권의 인정가능성 및 관련 법률의 해석', "법학논총 32 (2)", 2019, 36면.

었을 가능성이 높기 때문이다.[62] 압수의 적법성을 다투는 과정에서 법원의 결정이 있기까지 문서를 봉인하거나 별도로 보관할 수 있도록 하고 있지 않으므로, 수사기관이나 제3자로서는 얼마든지 그 내용을 파악할 수 있다.[63]

현실적으로 변호사가 압수거부권을 행사하기 어렵다는 지적도 있다. 제3장에서 제시되는 2019년 대한변호사협회의 비밀유지권 침해 실태 조사 결과를 보면, 압수·수색 영장이 발부·집행된 경우는 물론이고 영장이 발부·집행되지 않은 경우에도 임의제출을 강요받거나 설령 변호사가 압수거부권을 행사하는 경우에도 수사기관이 형사소송법 제112조 단서에 따른 예외사유를 들어 압수를 강행할 우려가 크다.[64] 제112조 단서는 의뢰인의 승낙이 있거나 중대한 공익상 필요가 있는 때에는 압수를 거부할 수 없다고 규정하고 있는데, 특히 중대한 공익상 필요라는 예외사유는 지나치게 추상적이고 그 판단 기준이나 주체가 모호하다는 점에서 그러하다.[65]

나. 형사소송법상 증언거부권의 적용범위 및 한계

형사절차에서 검사 또는 사법경찰관은 수사에 필요한 때에 피의자의 출석을 요구하여 진술을 들을 수 있으며, 이를 피의자신문이라고 한다(형사소송법 제200조). 공판절차에서 검사는 원칙적으로 증거조사 종료 후 순차로 피고인에게 공소사실 및 정상에 관해 필요한 사항을 신문할 수 있고, 재판장은 필요하다고 인정되는 때에 피고인신문을 할 수 있다(동법 제296조의2). 이때 피의자·피고인에게는 진술하지 않거나 개개의 질문에 대해 진술을 거부할 수 있다(동법 제244의3조, 제283의2조 제1항). 따라서 수사기관이 변호사와 의뢰인 간 의사교환된 내용에 대해 신문하는 경우 이에 관한 진술을 거부할 수 있으며, 의뢰인에 대한 신문이 있다 하더라도 의뢰인의 의사에 반해 강제적으로 공개될 가능성은 없다.

---

62) 한애라, '변호사 비밀유지권 도입 정책토론회', "변호사 비밀유지권 도입 정책 토론회 자료집", 2019, 31면.
63) 한애라, '변호사 비밀유지권 도입 정책토론회', "변호사 비밀유지권 도입 정책 토론회 자료집", 2019, 31면.
64) 한애라, '변호사 비밀유지권 도입 정책토론회', "변호사 비밀유지권 도입 정책 토론회 자료집", 2019, 31면.
65) 정주백, '제2주제 토론문-헌법상 변호인의 조력을 받을 권리와 변호사·의뢰인의 비밀보장', "한국헌법학회·사법정책연구원 공동학술대회-직무상 비밀에 대한 헌법상 보호", 2016, 89~90면.

또한 검사 또는 사법경찰관은 참고인조사를 통해 수사에 필요한 때에 피의자가 아닌 자의 출석을 요구하여 진술을 들을 수 있다(형사소송법 제221조 제1항). 그러나 참고인은 출석의무가 없어 불출석에 대해 과태료 부과나 구인의 제재 대상이 되지 않는다.[66] 변호사도 수사기관에 참고인으로 출석을 요구받을 수 있으나, 불출석하거나 진술을 거부할 수 있으므로 의뢰인과 의사교환한 내용에 대해 의뢰인이 승낙하거나 변호사가 자발적으로 진술하지 않는 한 공개될 가능성이 없다.

공판단계에서 피고인의 변호인에게 증인적격이 있는지 여부가 문제될 수 있다. 이에 대해서는 긍정설, 부정설, 절충설로 견해의 대립이 있으나, 변호인 신문이 실체적 진실발견과 피고인의 이익보호를 위해 필수적인 경우가 있을 수 있다는 점에서 변호인의 증인적격을 긍정하는 것이 타당하다.[67] 변호인에 대한 증인신문이 있다 하더라도, 변호사 또는 변호사였던 자는 그 업무상 위탁을 받아 알게 된 사실로서 타인의 비밀에 관해서는 증언을 거부할 수 있다(동법 제149조).

다만 일반적으로 변호사 외에 의뢰인이나 의뢰인의 대리인, 변호사의 사무직원 등 직무조력자의 경우에는 변호사 또는 의뢰인과 동일한 내용으로 의사교환을 하였다 하더라도 증언을 거부할 수는 없다.[68] 그러나 앞서 압수거부권과 관련하여 언급하였듯이 실질적으로 동일한 내용의 변호사와 의뢰인 간 의사교환에 대해 이를 의뢰인이나 의뢰인의 대리인, 변호사의 사무직원 등 직무조력자 등이 지득하고 있는 한, 변호사가 증언을 거부한다 하더라도 수사기관이 그 내용을 파악하거나 활용할 수 있게 된다.

더욱 문제가 될 수 있는 것은 변호사가 의도적 또는 우발적으로 증언거부권을 행사하지 않은 경우이다. 의뢰인으로서는 이를 사전에 방지하거나 법정에서 중단할 법적 수단이 없으며, 다만 추후에 형법상 비밀누설죄의 성립 여부가 검토될 수 있을 뿐이다(형법 제371조 제1항). 이마저도 변호사가 증언거부권을 포기하여 행사하지 않은 경우 형법상 비밀누설죄가 성립하지 않는다고 보는 견해도 있다.[69] 이에 따라 형사소송법 제149조를 의뢰인의 승낙 등 정당한 예외사유를 충족하는 경우 외에는 원칙적으로

---

66) 신동운, "신형사소송법(제3판)", 법문사, 2011, 200면.
67) 신동운, "신형사소송법(제3판)", 법문사, 2011, 790~791면.
68) 김희옥·박일환, "주석 형사소송법(Ⅰ, 제5판)", 한국사법행정학회, 2017, 718면.
69) 손창완, '미국법상 비닉권과 변호사·의뢰인 간 의사교환의 보호', "인권과 정의 485", 대한변호사협회, 2019, 23면; 신이철, '형사증거법상 변호인 작성 법률검토 의견서의 증거능력-변호인-의뢰인 특권 도입여부와 관련하여', "형사법의 신동향 64", 대검찰청, 2019, 18면.

증언거부권을 행사해야 하는 것으로 개정할 필요가 있다는 지적이 있다.[70] 나아가 제149조 단서는 의뢰인의 승낙 외에 중대한 공익상 필요라는 예외사유를 규정하고 있으며, 이는 제112조 단서에 따른 압수거부권의 예외사유와 동일하다.

다. 중대한 공익상 필요와 비밀유지

형사소송법은 "중대한 공익상 필요"가 있는 경우 변호사가 압수 또는 증언을 거부할 수 없다고 명시하고 있으며(형사소송법 제112조, 제149조), 변호사윤리장전은 변호사의 비밀유지에 대해 "중대한 공익상의 이유"가 있는 경우 최소한의 범위에서 의뢰인의 이를 공개 또는 이용할 수 있다고 규정하고 있다(변호사윤리장전 제18조 제4항).

공익의 개념에 대해서는 변호사윤리장전이나 형사소송법에서 아무런 규정을 두고 있지 않다. 여기에서 공익은 의뢰인의 이익에는 반할지라도 보호해야 하는 제3자 또는 추상적인 국민의 이익이라고 할 수 있다.[71] 형사소송법과 달리 변호사윤리장전에서 변호사가 업무상 알게 된 비밀은 형사 또는 민사사건을 가리지 않다는 점에서 변호사윤리장전의 공익이 보다 넓은 범위에서 인정되고 형사소송법의 공익은 제한적으로 해석해야 한다는 견해,[72] 의뢰인에게 성실의무를 부담하고 법적 조력을 제공해야 할 책무가 있는 변호사에 대해 의뢰인의 이익보다 공익을 우선시하거나 의뢰인에게 손해되는 행동을 할 수 있게 하는 것은 신중해야 한다는 견해[73] 등이 있다.

---

70) 윤종행, '변호사와 의뢰인간의 의사교환 내용과 증언거부의 특권', "홍익법학 14 (2)", 2015, 725면.

71) 이상수, "법조윤리의 이론과 실제", 서강대학교 출판부, 2009, 171면.

72) 김태봉, '변호사의 비밀유지의무', "법학논총 36 (4)", 전남대학교 법학연구소, 2016, 279면; 하정철, '변호사의 비밀유지의무-예외 사유인 공익상의 이유를 중심으로', "법학논고 47", 경북대학교 법학연구원, 2014, 585면; 정형근, '변호사의 비밀유지의무', "외법논집 35 (4)", 2011, 98면.

73) 김태봉, '변호사의 비밀유지의무', "법학논총 36 (4)", 전남대학교 법학연구소, 2016, 279면; 하정철, '변호사의 비밀유지의무-예외 사유인 공익상의 이유를 중심으로', "법학논고 47", 경북대학교 법학연구원, 2014, 585면; 정형근, '변호사의 비밀유지의무', "외법논집 35 (4)", 2011, 99면; 박휴상, "법조윤리(제3판)", 피데스, 2011, 190~191면; 이상수, "법조윤리의 이론과 실제", 서강대학교 출판부, 2009, 174면.

2. 민사절차에서 비밀유지권의 침해 가능성

가. 민사소송법상 증언거부권의 적용범위 및 한계

민사소송에서 당사자, 법정대리인, 법인의 대표자를 제외한 제3자는 모두 증인능력을 가지므로, 당사자의 소송대리인도 증인능력을 가지고 반대당사자에 의해 해당 사건 또는 관련 사건에서 증인으로 신청될 수 있다.[74] 법원이 증인으로 채택하는 경우 증인에게는 출석의무가 있고, 증인이 정당한 사유 없이 출석하지 않은 때에는 민사소송법에서 정한 제재를 받게 된다(동법 제311조 제1항, 제211조 제2항, 제312조 제1항). 일단 증인으로 출석하면 진술의무가 인정되나, 변호사의 직책에 있거나 이러한 직책에 있었던 사람은 직무상 비밀에 속하는 사항에 대해 신문받는 때에 증언을 거부할 수 있다(동법 제315조 제1항 제1호).[75]

이러한 증언거부권을 통해 민사절차에서 변호사와 의뢰인 간 의사교환의 내용이 강제적으로 공개될 가능성은 거의 없으나, 형사절차에서와 마찬가지로 변호사가 증언거부권을 행사하지 않고 의도적 또는 우발적으로 증언을 하는 경우 문제가 될 수 있다. 나아가 이와 관련하여 민사소송법 제315조 제1항에서 정하는 사람 이외에 직무상 비밀을 묵비할 필요성이 인정되는 경우가 있다 하더라도, 증언거부권의 범위를 확장하는 것은 바람직하지 못하다는 점에서 업무상 보조인이 증언거부권을 행사하는 것은 부정된다.[76]

민사소송법은 증거조사방법으로서 증인신문 외에 당사자신문을 인정하고 있으며(동법 제367조), 이에 따라 당사자의 신청에 의해서 본인 또는 반대당사자를 신문할 수 있다. 당사자가 정당한 사유 없이 출석하지 않거나 선서 또는 진술을 거부한 때에 신문사항에 관한 상대방의 주장이 진실한 것으로 인정될 수 있고, 선서한 당사자가

---

74) 손창완, '변호사·의뢰인 간 비밀 의사교환의 보호-비닉권의 인정가능성 및 관련 법률의 해석', "법학논총 32 (2)", 2019, 19면.

75) **민사소송법 제315조(증언거부권)** ① 증인은 다음 각호 가운데 어느 하나에 해당하면 증언을 거부할 수 있다.
1. 변호사·변리사·공증인·공인회계사·세무사·의료인·약사, 그 밖에 법령에 따라 비밀을 지킬 의무가 있는 직책 또는 종교의 직책에 있거나 이러한 직책에 있었던 사람이 직무상 비밀에 속하는 사항에 대하여 신문을 받을 때
2. 기술 또는 직업의 비밀에 속하는 사항에 대하여 신문을 받을 때
② 증인이 비밀을 지킬 의무가 면제된 경우에는 제1항의 규정을 적용하지 아니한다.

76) 민일영·김내환, "주석 민사소송법(Ⅲ, 제8판)", 한국사법행정학회, 2018, 293면.

거짓진술을 한 때에는 제재를 받게 된다(동법 제369조, 제370조 제1항). 이 같은 규정에 의하면 당사자신문의 대상이 된 당사자는 변호사와 의사교환한 내용이라 하더라도 그에 관한 신문사항에 대해 정당한 사유가 없는 한 진술할 수밖에 없다. 변호사와 의사교환한 내용이라는 주장이 진술거부권을 행사하는 정당한 사유에 해당하는지 여부에 관해서는 의문의 여지가 있다.[77]

나. 민사소송법상 문서제출거부권의 적용범위 및 한계

민사소송법은 직무상 비밀 등 증언거부사유 등이 적혀 있고 비밀유지의무가 면제되지 않은 문서에 대해서 법원의 제출명령에도 불구하고 예외적으로 제출을 거부할 수 있다고 규정하고 있다(동법 제344조 제2항 제1호). 이때 "직무상 비밀"은 그 사항이 공개되면 직무에 심각한 영향을 미치고 이후의 직무 수행이 어려운 경우를 가리키는데, 어떤 정보가 보호가치 있는 비밀에 해당하는지 여부를 판단할 때에는 정보의 내용과 성격, 정보가 공개됨으로써 문서소지자에게 미치는 불이익의 내용과 정도, 민사사건의 내용과 성격, 민사사건의 증거로 문서를 필요로 하는 정도 또는 대체할 수 있는 증거의 존부 등 제반 사정을 종합하여 비밀공개로 발생하는 불이익과 달성되는 실체적 진실발견 및 재판의 공정을 비교형량해야 한다.[78] 즉 어떤 정보가 직무상 비밀에 해당한다 하더라도 문서소지자는 보호가치 있는 비밀에 대해서만 문서제출을 거부할 수 있다고 할 수 있다. 변호사의 경우 의뢰인과 의사교환한 문서 또는 그에 기초하여 작성한 의견서 등에 대해 그것이 공개되면 직무에 심각한 영향을 미치고 이후의 직무 수행이 어려움을 주장하여 문서의 제출을 거부할 수 있을 것이다.[79]

그런데 그러한 문서를 의뢰인이 소지하고 있어 문서제출명령의 대상이 될 수 있는지 여부가 문제되는 경우 민사소송법에서 규정하는 자기이용문서에 해당하는지 여부가 쟁점이 될 수 있다(동법 제344조 제2항 제2호). 어떤 문서가 문서의 작성 목적, 기재 내용, 문서의 소지 경위나 그 밖의 사정 등을 종합적으로 고려할 때 오로지

---

77) 손창완, '변호사·의뢰인 간 비밀 의사교환의 보호-비닉권의 인정가능성 및 관련 법률의 해석', "법학논총 32 (2)", 2019, 20면.
78) 대법원 2016. 7. 1. 선고 2014마2239 결정.
79) 손창완, '변호사·의뢰인 간 비밀 의사교환의 보호-비닉권의 인정가능성 및 관련 법률의 해석', "법학논총 32 (2)", 2019, 21면.

문서를 가진 사람이 이용할 목적으로 작성되어 외부자에 개시하는 것이 예정되어 있지 않고 개시할 경우 간과하기 어려운 불이익이 발생할 염려가 있다면 특별한 사정이 없는 한 자기이용문서에 해당한다고 판단된다.[80] 변호사와 의뢰인이 의사교환한 내용이나 변호사가 작성하여 의뢰인에게 제공한 의견서는 그 같은 요건이 인정되어 자기이용문서로서 의뢰인은 그 제출을 거부할 수 있다고 보아야 한다.

3. 행정절차에서 비밀유지권의 침해 가능성

행정소송에 관하여 행정소송법에 특별한 규정이 없는 사항에 대해서는 민사소송법의 규정을 준용한다(행정소송법 제8조 제2항). 따라서 행정절차에서 변호사 또는 의뢰인에 대한 신문, 문서제출명령 등과 관련한 사항은 앞서 민사절차에서 증언거부권 및 문서제출명령거부권에서 살펴본 것과 동일한 문제가 발생할 수 있다.

행정조사란 행정기관이 정책을 결정하거나 직무를 수행하는 데 필요한 정보나 자료를 수집하기 위해 현장조사, 문서열람, 시료채취 등을 하거나 조사대상자에게 보고요구, 자료제출요구 및 출석·진술요구를 행하는 활동을 말한다(행정조사기본법 제2조 제1호). 조사과정에서 행정기관은 조사대상자에 대해 출석·진술을 요구할 수 있고, 현장조사 및 자료제출을 요구할 수 있다(동법 제9조 내지 제11조).

일반적인 정보 또는 자료 수집을 위한 행정조사 외에 조사대상자의 위법행위를 조사하여 행정처분 여부를 결정하기 위한 행정조사의 경우 국세청, 금융감독원, 공정거래위원회 등은 개별 법률에서 그에 관한 절차를 규정하고 있다.[81] 특히 국세청은

---

80) 대법원 2015. 12. 21. 선고 2015마4174 결정.

81) **소득세법 제170조(질문·조사)** ① 소득세에 관한 사무에 종사하는 공무원은 그 직무 수행을 위하여 필요한 경우에는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자에 대하여 질문을 하거나 해당 장부·서류 또는 그 밖의 물건을 조사하거나 그 제출을 명할 수 있다. 다만, 제21조 제1항 제26호에 따른 종교인소득(제21조 제3항에 해당하는 경우를 포함한다)에 대해서는 종교단체의 장부·서류 또는 그 밖의 물건 중에서 종교인소득과 관련된 부분에 한정하여 조사하거나 그 제출을 명할 수 있다.
1. 납세의무자 또는 납세의무가 있다고 인정되는 자
2. 원천징수의무자
3. 납세조합
4. 지급명세서 제출의무자
5. 제156조 및 제156조의3부터 제156조의6까지의 규정에 따른 원천징수의무자
6. 「국세기본법」 제82조에 따른 납세관리인
7. 제1호에서 규정하는 자와 거래가 있다고 인정되는 자

8. 납세의무자가 조직한 동업조합과 이에 준하는 단체
9. 기부금영수증을 발급하는 자

② 제1항을 적용하는 경우 소득세에 관한 사무에 종사하는 공무원은 직무를 위하여 필요한 범위 외에 다른 목적 등을 위하여 그 권한을 남용해서는 아니 된다.

법인세법 제122조(질문·조사) 법인세에 관한 사무에 종사하는 공무원은 그 직무수행에 필요한 경우에는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자에 대하여 질문하거나 해당 장부·서류 또는 그 밖의 물건을 조사하거나 그 제출을 명할 수 있다. 이 경우 직무상 필요한 범위 외에 다른 목적 등을 위하여 그 권한을 남용해서는 아니 된다.

1. 납세의무자 또는 납세의무가 있다고 인정되는 자
2. 원천징수의무자
3. 지급명세서 제출의무자 및 매출·매입처별 계산서합계표 제출의무자
4. 제109조 제2항 제3호에 따른 경영 또는 관리책임자
5. 제1호에 해당하는 자와 거래가 있다고 인정되는 자
6. 납세의무자가 조직한 동업조합과 이에 준하는 단체
7. 기부금영수증을 발급한 법인

금융위원회의 설치 등에 관한 법률 제40조(자료의 제출요구 등) ① 원장은 업무 수행에 필요하다고 인정할 때에는 제38조 각 호의 기관 또는 다른 법령에 따라 금융감독원에 검사가 위탁된 대상 기관에 대하여 업무 또는 재산에 관한 보고, 자료의 제출, 관계자의 출석 및 진술을 요구할 수 있다.

② 제37조제1호에 따라 검사를 하는 자는 그 권한을 표시하는 증표를 관계인에게 내보여야 한다.

독점규제 및 공정거래에 관한 법률 제50조(위반행위의 조사 등) ①공정거래위원회는 이 법의 시행을 위하여 필요하다고 인정할 때에는 대통령령이 정하는 바에 의하여 다음 각호의 처분을 할 수 있다.

1. 당사자, 이해관계인 또는 참고인의 출석 및 의견의 청취
2. 감정인의 지정 및 감정의 위촉
3. 사업자, 사업자단체 또는 이들의 임직원에 대하여 원가 및 경영상황에 관한 보고, 기타 필요한 자료나 물건의 제출을 명하거나 제출된 자료나 물건의 일시 보관

② 공정거래위원회는 이 법의 시행을 위하여 필요하다고 인정할 때에는 그 소속공무원[제65조(權限의 위임·委託)의 규정에 의한 위임을 받은 기관의 소속공무원을 포함한다]으로 하여금 사업자 또는 사업자단체의 사무소 또는 사업장에 출입하여 업무 및 경영상황, 장부·서류, 전산자료·음성녹음자료·화상자료 그 밖에 대통령령이 정하는 자료나 물건을 조사하게 할 수 있으며, 대통령령이 정하는 바에 의하여 지정된 장소에서 당사자, 이해관계인 또는 참고인의 진술을 듣게 할 수 있다.

③ 제2항에 따른 조사를 하는 공무원은 대통령령으로 정하는 바에 따라 사업자, 사업자단체 또는 이들의 임직원에게 조사에 필요한 자료나 물건의 제출을 명하거나 제출된 자료나 물건을 일시 보관할 수 있다. 이 경우(제1항제3호에 따라 일시 보관을 하는 경우를 포함한다) 대통령령으로 정하는 바에 따라 보관조서를 작성하여 해당 사업자, 사업자단체 또는 이들의 임직원에게 교부하고, 보관한 자료나 물건이 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 즉시 반환하여야 한다.

1. 보관한 자료나 물건을 검토한 결과 해당 조사와 관련이 없다고 인정되는 경우
2. 해당 조사 목적의 달성 등으로 자료나 물건을 보관할 필요가 없어진 경우

④ 제2항에 따른 조사를 하는 공무원은 그 권한을 표시하는 증표를 관계인에게 제시하고, 조사목적·조사기간 및 조사방법 등 대통령령으로 정하는 사항이 기재된 문서를 교부하여야 한다.

⑤ 공정거래위원회는 제15조(탈법행위의 금지)를 위반하여 제9조(상호출자의 금지등)제1항의 적용을 면탈하는 행위를 한 상당한 혐의가 있는 자의 조사와 관련하여 금융거래 관련 정보 또는 자료(이하 "금융거래정보"라 한다)에 의하지 아니하고는 그 탈법행위 여부를 확인할 수 없다고 인정되는 경우 또는 제23조(불공정거래행위의 금지)제1항제7호를 위반한 상당한 혐의가 있는 공시대상기업집단에 속하는 회사의 조사와 관련하여 금융거래정보에 의하지 아니하고는 자

세무공무원에게 조세범칙행위 혐의자 등에 대한 압수·수색 권한을 부여하고 있다(조세범 처벌절차법 제9조). 이 같은 행정조사의 결과 행정처분이 결정되는 것과 별개로 수사기관에 수사 의뢰되거나 실제 수사로 이어질 수 있는데, 그 경계에 있는 조사과정에서 적법절차의 준수가 요청될 수 있다. 그러나 행정조사에서 수집한 증거의 증거능력 인부에 관한 불명확한 기준, 수사에 활용되는 행정조사에서의 영장주의, 진술거부권, 미란다원칙, 변호인선임권 등 절차적 기본권 보장 미비 등에 대한 지적이 계속되고 있다.[82]

그 같은 행정조사에서 의뢰인은 자료제출 또는 진술에 대한 강요를 받게 되는 경우가 있으며, 이는 변호사에 대해서도 마찬가지이다. 대한변호사협회의 회원 질의에 대한 공식회신에 따르면, 변호사의 비밀유지의무에 의거하여 공정거래위원회, 금융감

금 등의 지원 여부를 확인할 수 없다고 인정되는 경우에는 「금융실명거래 및 비밀보장에 관한 법률」 제4조의 규정에 불구하고 제37조의3(전원회의 및 소회의 관장사항)에 규정된 회의의 의결을 거쳐 다음 각호의 사항을 기재한 문서에 의하여 금융기관의 특정점포의 장에게 금융거래정보의 제출을 요구할 수 있으며, 그 특정점포의 장은 이를 거부하지 못한다.

1. 거래자의 인적 사항
2. 요구대상 거래기간
3. 요구의 법적 근거
4. 사용목적
5. 요구하는 금융거래정보의 내용(제9조의 적용을 면탈하려는 행위 또는 부당지원행위와 관련된 혐의가 있다고 인정되는 자의 금융기관과의 제9조의 적용을 면탈하려는 행위 또는 부당지원행위와 관련된 금융거래정보에 한한다)
6. 요구하는 기관의 담당자 및 책임자의 성명과 직책 등 인적 사항

⑥ 제5항의 규정에 의한 금융거래정보의 제출요구는 조사를 위하여 필요한 최소한도에 그쳐야 한다.

⑦ 제5항의 규정에 따라 금융기관이 공정거래위원회에 금융거래정보를 제공하는 경우에는 당해 금융기관은 금융거래정보를 제공한 날부터 10일 이내에 제공한 금융거래정보의 주요내용·사용목적·제공받은 자 및 제공일자 등을 거래자에게 서면으로 통지하여야 한다. 이 경우 통지에 소요되는 비용에 관하여는 「금융실명거래 및 비밀보장에 관한 법률」 제4조의2(거래정보등의 제공사실의 통보)제4항의 규정을 준용한다.

⑧ 공정거래위원회는 제5항의 규정에 따라 금융기관에 대하여 금융거래정보를 요구하는 경우에는 그 사실을 기록하여야 하며, 금융거래정보를 요구한 날부터 3년간 동 기록을 보관하여야 한다.

⑨ 제5항의 규정에 따라 금융거래정보를 제공받은 자는 그 자료를 타인에게 제공 또는 누설하거나 그 목적 외의 용도로 이를 이용하여서는 아니된다.

⑩ 조사공무원은 제37조의3제1항·제2항에 따른 심의·의결 절차가 진행 중인 경우에는 제2항에 따른 조사를 하거나 당사자의 진술을 들어서는 아니 된다. 다만, 조사공무원 또는 당사자의 신청에 대하여 전원회의 또는 소회의가 필요하다고 인정하는 경우에는 그러하지 아니하다.

82) 이재구·이호용, '수사로 활용될 수 있는 행정조사의 법적 쟁점-실무자의 관점에서', "법학논총 35 (2)", 한양대학교 법학연구소, 2018; 홍지은, '특별사법경찰의 행정조사와 수사-진술서 작성 및 자료 제출 요구를 중심으로', "범죄수사학연구 6 (1)", 경찰대학 범죄수사연구원, 2020 등.

독원, 국세청 등에서 의뢰인에 대한 행정조사를 실시하면서 의뢰인과 관련된 법률사무를 처리한 법무법인이나 변호사에게 조사권에 기하여 의뢰인으로부터 제출받아 보관 중인 서류를 제출할 것을 요구하더라도 이에 응할 의무는 없다고 한다.[83] 변호사로서는 소송법상 증언거부권 또는 압수거부권을 행사할 수 있는 것과 달리 그러한 규정이 없는 행정조사에 있어 오히려 비밀유지권을 침해받을 소지가 더욱 크다는 불합리한 상황에 놓일 수 있다.

83) 이광수, "변호사법 개론(서울지방변호사회 법제연구원 연구총서 5)", 박영사, 2016, 171면.

변호사와 의뢰인 간 비밀유지권 침해 동향 및 사례

천 하 람

제3장

변호사와 의뢰인 간 비밀유지권 침해 동향 및 사례

제1절 | 대한변호사협회 비밀유지권 침해 실태 조사

1. 비밀유지권 침해 실태 조사 개관

가. 조사 배경 및 실시

2016년 8월 롯데그룹 조세 포탈 혐의 관련 사건을 수사하던 검찰이 롯데 측을 조력한 법무법인 율촌을 압수수색한 사건이 발생하였고, 이에 관하여 수사기관이 '피의자의 방어권 보장'이라는 변호인의 기본적 권리·의무를 심각하게 침해했다는 비판이 제기되었다.[84]

당시 대한변호사협회는 아래와 같은 내용으로 변호사의 의뢰인 비밀유지권을 침해하는 영장을 남용하지 말 것을 촉구하는 성명을 발표하였다.

성 명 서

검찰과 법원은 변호사의 의뢰인 비밀유지권을 침해하는 영장을 남용하지 말라

최근 한 대형로펌에 대해 검찰이 압수수색 영장을 발부받아 해당 로펌으로부터 의뢰인에 대한 자료를 제출 받는 충격적 사태가 발생했다. 로펌이나 변호사의 범죄혐의가 아니라 의뢰인의 범죄혐의와 관련하여 검찰이 수사목적으로 로펌에 대해 압수수색 영장을 청구하고 법원이 이를 발부한 것은 전례가 없는 일이다.

변호사의 의뢰인 비밀유지권은 미국이나 유럽은 물론 아시아 여러 나라들이 법치주의의 실현을 위하여 공통적으로 추구하는 가치이다. '유럽변호사 행위규범(The Code of Conduct for European

84) 매일경제, '로펌·회사법무팀 압수수색 남발…"기업 방어권 털어가나"', 2019. 1. 7. 보도 (https://www.mk.co.kr/news/society/view/2019/01/13399/, 2020. 12. 21. 검색).

Lawyers)'은 "비밀유지는 변호사의 일차적인 권리이자 의무이다. 변호사의 비밀유지의무는 의뢰인의 이익뿐 아니라 사법제도 운영의 이익에도 봉사한다. 따라서 이는 국가로부터 특별한 보호를 받을 자격이 있다"고 명시하고 있고, 미국은 '변호사직무에 대한 모범 규칙'(Model Rules of Professional Conduct)에서 의뢰인의 사망이나 중대한 신체 상해를 방지하기 위한 목적 등 극히 예외적인 경우를 제외하고는 의뢰인의 비밀을 공개할 수 없도록 하여 변호사의 '비닉특권'(The Attorney-Client Privilege)을 인정하고 있다. 또한 아시아태평양지역법률가협회는 이달 12일 스리랑카 콜롬보에서 열린 로아시아(LAWASIA) 연차총회에서 "법치주의의 실현, 진실한 법집행을 위하여 변호사의 비밀유지의무 또는 특권을 공통된 가치로 추구하고 있음을 인식하고, 소속 각 국가에 변호사의 비밀유지원칙 강화 및 보호를 요청하며, 이에 대한 국가의 침범은 변호사와 의뢰인 간의 근본적인 신뢰관계, 변호사의 독립성을 약화시키고 사법의 진실성을 방해하는 것이다"라는 결의문을 채택하여 변호사의 의뢰인 비밀유지권이 법치주의 실현을 위한 변호사의 의무이자 특권이라는 점을 명확히 하였다.

이같이 유럽이나 미국은 물론 아시아·태평양 지역 국가들이 법체계를 초월하여 변호사의 비밀유지원칙을 법치주의 실현 및 적법한 법집행의 근본적 가치임을 천명하고 있는 상황에서, 검찰이 '수사대상 기업의 관련 자료가 로펌에 있다'는 이유만으로 법원에 압수수색 영장을 청구하고 법원이 이를 발부한 것은 변호사와 의뢰인 간 신뢰관계를 무너뜨리고 법치주의를 후퇴시킨 매우 유감스런 사태가 아닐 수 없다. 이 일이 언론보도를 통해 알려지자 검찰은 스스로 부적절함을 인정하고 이번 사태는 극히 예외적인 상황으로 앞으로 상례화 될 가능성이 없다고 하였으나 전례가 발생한 이상 향후 검찰이 수사의 편의성에 현혹되어 로펌이나 변호사들에게 의뢰인에 대한 자료를 요청할 가능성을 배제하기 어렵다.

대한변호사협회는 검찰과 법원이 다시는 이같이 영장의 신청과 발부를 통해 변호사의 의뢰인 비밀유지권을 침해하는 행위를 함으로써 법치주의의 가치를 훼손하는 행위를 하지 말 것을 엄정 촉구한다.

2016. 8. 18.

대한변호사협회 협회장 하창우

대한변호사협회은 2016년 9월 27일과 2017년 11월 23일에 변호사 비밀유지권과 관련한 토론회를 개최하는 등 지속적으로 변호사 비밀유지권 침해에 대하여 문제제기를 하였으나, 2018년 9월과 10월에는 양승태 전 대법원장 당시 법원행정처의 사법행정권 남용 사건을 수사하던 검찰이 법무법인 태평양을, 2019년 2월에는 가습기 살균제 사건 검찰 수사팀이 살균제 제조업체 애경을 대리한 법무법인 김앤장을 압수수색하는 등 국내 대표적인 대형 로펌들을 압수수색하는 사례가 거듭되었다.[85]

변호사와 의뢰인 간 비밀유지권 제도화는 변호사들의 상당한 관심을 받아왔고, 2019년 2월 25일 취임한 대한변호사협회 제50대 이찬희 협회장은 비밀유지권의 보장을 협회장 선거 공약으로 제시하였다.[86]

대한변호사협회 제50대 집행부는 취임 이후 우선적으로 비밀유지권 침해에 관한

85) 법률방송뉴스, '대형로펌 압수수색이 이 정도면 일반로펌 그냥 당한다', 2020. 8. 18. 보도 (http://www.ltn.kr/news/articleView.html?idxno=29311, 2020. 12. 21. 검색).

86) 대한변협신문, '회원 권익과 국민 신뢰 모두 잡겠다', 2019. 3. 4. 보도(http://news.koreanbar.or.kr/news/articleView.html?idxno=19528, 2020. 12. 21. 검색).

실태조사가 필요하다는 판단에 따라 2019년 4월 '변호사 비밀유지권 침해 피해사례 실태조사'라는 표제로 전체 회원에 대한 설문조사를 실시하였다. 설문조사의 취지, 대상과 기간은 아래와 같이 명시되었다.

최근 검찰이 수사를 위해 법무법인(로펌)을 압수수색하면서 '변호사 비밀유지권 침해'가 논란이 되고 있습니다. 검찰과 경찰뿐 아니라 국세청·금융감독원 등 권력기관은 △ 기업/기관 법무팀·대형 로펌·개업 변호사의 사무실, 컴퓨터, 휴대전화를 압수수색/영치하거나 △ 피의자의 사무실, 컴퓨터, 휴대전화를 압수수색/영치해 변호사와의 대화를 증거자료로 수집함으로써 피의자의 방어권과 변호사의 비밀유지권을 침해하고 있습니다.

이에 대한변호사협회는 변호사의 비밀유지권 보호를 위하여 개인, 기업/기관 및 법무법인(로펌) 등 소속 전국회원님들을 대상으로 비밀유지권 침해 피해사례 실태조사를 시행하고자 하오니 많은 협조 부탁드립니다.

• 대　　상 : 전국 회원
• 설문조사기간 : 2019. 4. 10.(화) ~ 4. 19.(금) 10일간

설문조사 문항은 아래와 같이 구성되었다. 설문조사는 대한변호사협회 사무차장(대한변호사협회 상근 변호사)이 초안을 구성하고, 사업이사와 법제이사 등의 검토를 거쳐 사업팀에서 실시하였고, 이후 대한변호사협회 상임이사회에 결과가 보고되었다.

1. 귀하는 권력기관으로부터 피의자의 방어권이나 변호사의 비밀유지권을 침해당하신 적이 있으십니까?

가. 있다. (2.항으로)　　나. 없다. (설문종료)

2. 귀하의 소속을 알려 주십시오.

가. 개인　　나. 기업/기관
다. 법무법인(로펌)　　라. 기타 (　　)

3. 비밀유지권을 침해한 권력기관을 제보해 주십시오.(중복 체크 가능)

가. 검찰　　나. 경찰
다. 국세청　　라. 금융감독원
마. 기타 (　　)

4. 비밀유지권을 침해당한 방식을 제보해 주십시오.(중복 체크 가능)

가. 변호사의 사무실, 컴퓨터, 휴대전화 압수수색/영치
나. 피의자의 사무실, 컴퓨터, 휴대전화를 압수수색/영치해 변호사와의 대화를 증거자료로 수집
다. 기타 (　　)

5. 기타 비밀유지권 침해문제 및 그 해결방안에 대한 의견이 있으면 구체적으로 기술해 주시기 바랍니다.

나. 조사 종료

대한변호사협회 전체 회원(당시 21,755명)을 대상으로 이메일을 통해 설문조사를 실시하였고, 회신 인원은 총 238명으로 회신율은 1.09% 였다. 회신율은 대한변호사협회가 전체 회원을 대상으로 실시하는 여타 이메일 설문조사의 경우와 비교하여 특별히 높거나 낮지 않았으며, 침해 주체 및 방식, 개선방안에 관한 주관식 답변의 구체성이 높게 나타났다. 아래에서 조사의 결과를 항목별로 살펴본다.

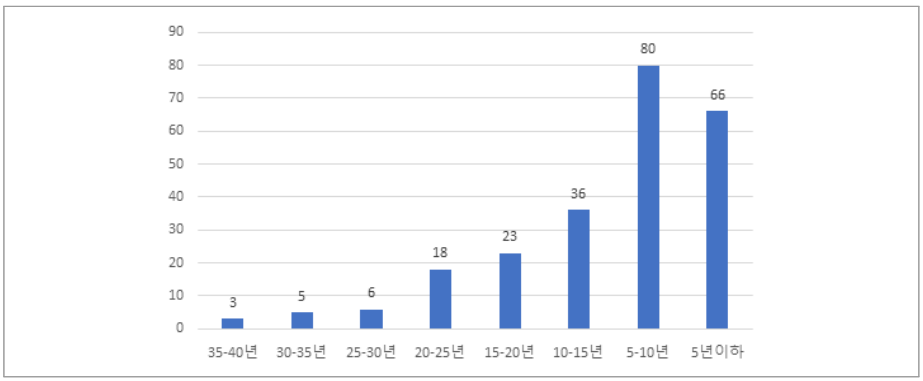
2. 비밀유지권 침해 실태 조사 결과

가. 조사 응답자 분포

조사응답자의 자격취득별 분포에 대한 결과를 살펴보면 다음과 같다. 자격취득 연차 5-10년이 80명으로 가장 많았으며, 5년 이하가 66명, 10-15년 36명, 15-20년 23명, 20-25년 18명, 25-30년 6명, 30-35년 5명, 35-40년 3명 순이었다.

[그림 1] 자격취득 연차

(단위: 명)

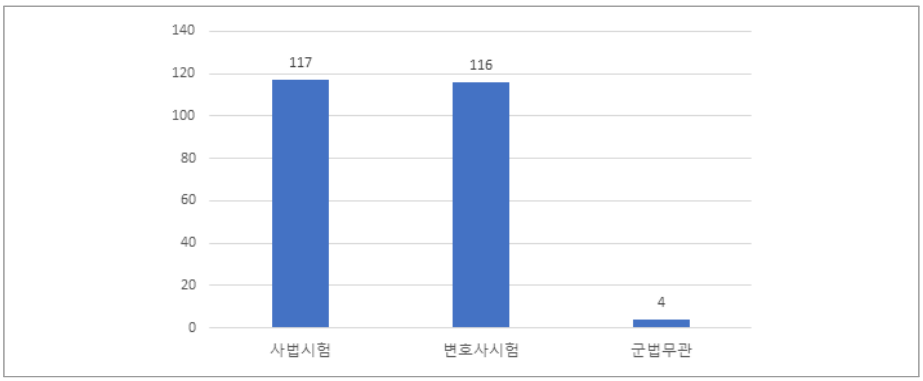


* 전체 238명 중 결측 1명 제외 총 237명임

조사응답자의 자격취득 유형별 분포를 살펴보면 다음과 같다. 사법시험 출신이 117명, 변호사시험(로스쿨) 출신이 116명, 군법무관 출신이 4명이었다.

[그림 2] 자격취득 유형

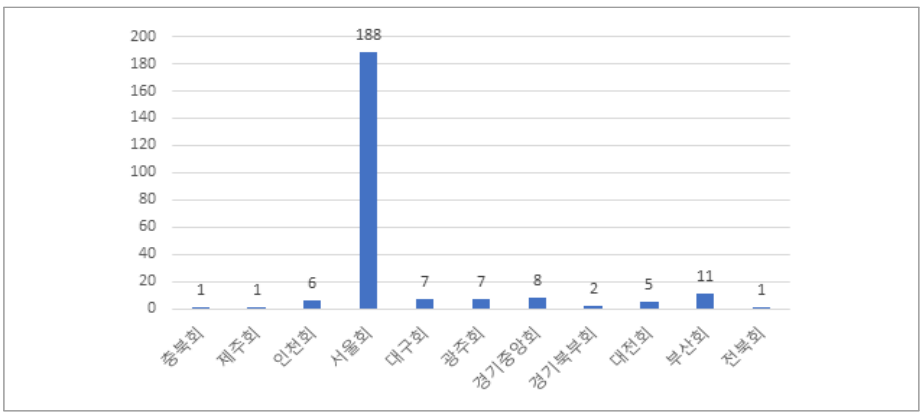
(단위: 명)



조사응답자의 지회별 분포를 살펴보면 다음과 같다. 서울회가 188명으로 가장 많았으며, 다음으로 부산회 11명, 경기중앙회 8명이었다. 대구회, 광주회는 각 7명씩 이었으며 인천회는 6명, 대전회는 5명이었다. 경기북부회는 2명, 충북회, 제주회, 전북회는 각 1명이었다.

[그림 3] 조사응답자의 소속회별 분포

(단위: 명)



나. 자격취득(연차)별 및 지회별 침해 경험

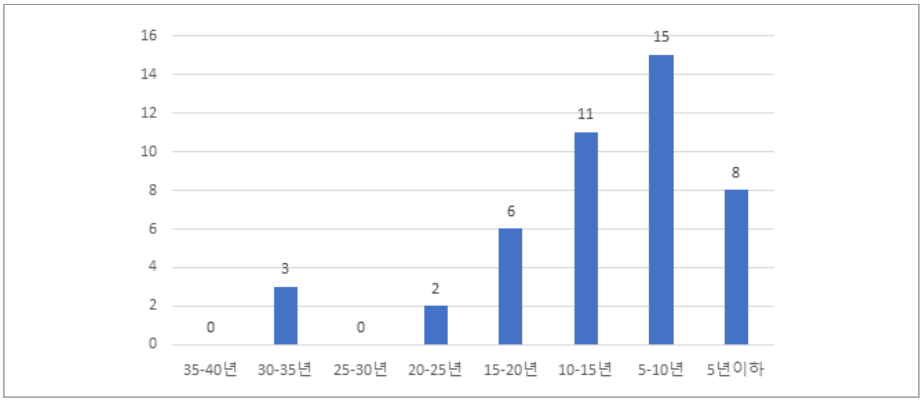
1) 자격취득(연차)별 침해 경험

'귀하는 권력기관으로부터 피의자의 방어권이나 변호사의 비밀유지권을 침해당하신 적이 있으십니까?' 질문에 대한 연차별 분포는 아래와 같다.

'침해당한 적이 있다'에 대한 응답의 분포는 연차 최소 3년에서 최대 34년(총 45명)으로, 평균 연차 12.2년 이었다. 근무연수 5-10년이 15명으로 가장 많았으며, 10-15년이 11명, 5년 이하가 8명이었다. 침해받은 경험이 있다고 응답한 집단 중 가장 빈도가 적은 것은 30-35년으로 3명이었다.

[그림 4] 연차별 침해받은 경험이 있다

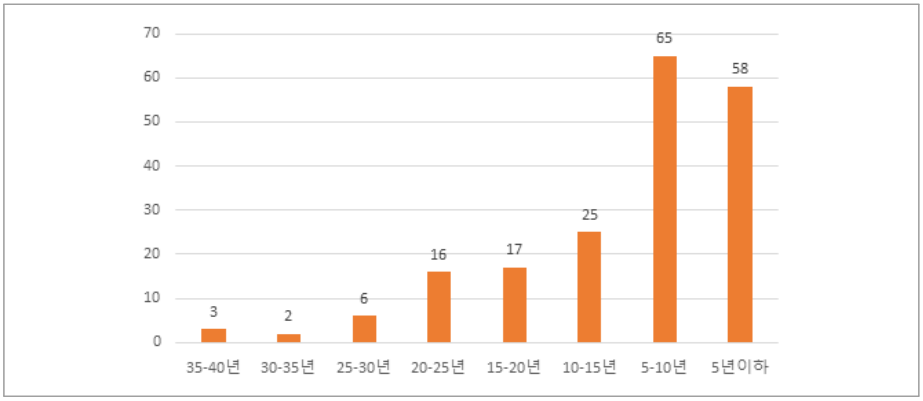
(단위: 명)



다음으로 '침해당한 적이 없다'에 대한 응답의 분포는 연차 최소 2년에서 최대 39년(총 192명)으로, 평균 연차 23.1년 이었다. 근무연차 5-10년이 65명으로 가장 많았고, 5년 이하가 58명으로 뒤를 이었다. 그 다음으로는 근무연차 25년이 25명으로 뒤를 이었고 15-20년과 20-25년이 각 17명, 16명이었다. 침해당한 적이 없다고 응답한 집단 중 빈도가 가장 적은 것은 근무연수 30-35년으로 2명이었다.

[그림 5] 연차별 침해받은 경험이 없다

(단위: 명)



2) 지회별 침해 경험

지회별 침해경험 유무를 살펴본 결과는 다음과 같다.

침해경험 유무는 서울회가 '있다' 42명, '없다' 146명으로 가장 많았다. '없다'고 응답한 2순위는 대구회, 광주회, 경기중앙회로 각 7명이었다. '있다'고 응답한 지회는 서울회를 제외하고는 경기중앙회가 1명이었다. 지회별 경험유무의 표는 아래와 같다.

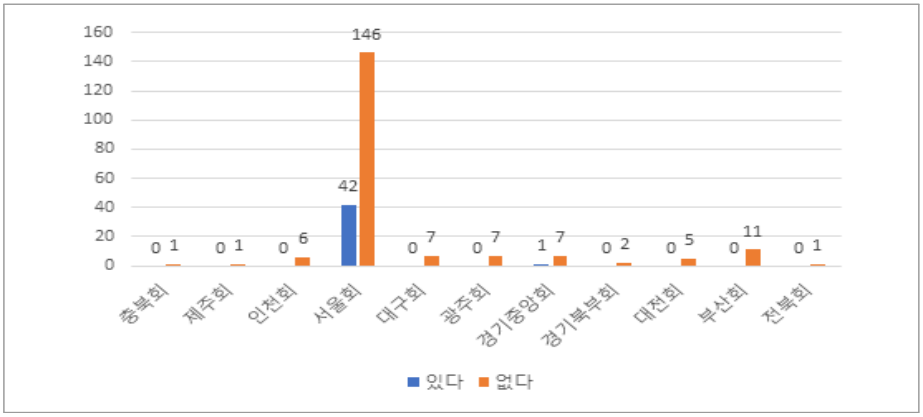
[표 1] 지회별 침해경험 여부

(단위: 명)

지회명	있다	없다
충북회	0	1
제주회	0	1
인천회	0	6
서울회	42	146
대구회	0	7
광주회	0	7
경기중앙회	1	7
경기북부회	0	2
대전회	0	5
부산회	0	11
전북회	0	1
총합	43	194

[그림 6] 지회별 침해경험 유무

(단위: 명)

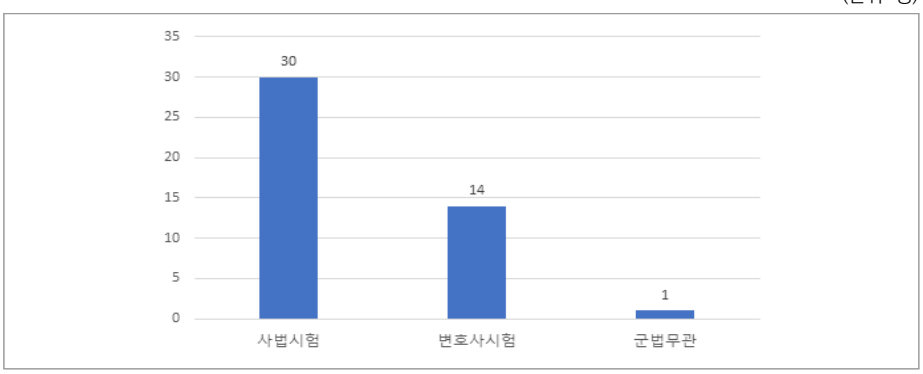


3) 자격취득 유형별 침해 유무

자격취득 유형별 침해유무를 살펴보면 다음과 같다. 변호사시험(로스쿨) 출신 유형을 먼저 살펴보면, 침해받지 않은 경우가 102명, 침해받은 경우가 14명으로 침해받지 않은 경우가 압도적으로 많았다. 사법시험 출신 유형의 경우도 침해받지 않은 경우가 87명, 침해받은 경우가 30명으로 침해받지 않은 경우가 더 많았다. 군법무관 출신의 경우에는 응답자 수가 적어 비교하긴 어려우나 침해받은 않은 경우가 3명, 침해받은 경우가 1명이었다.

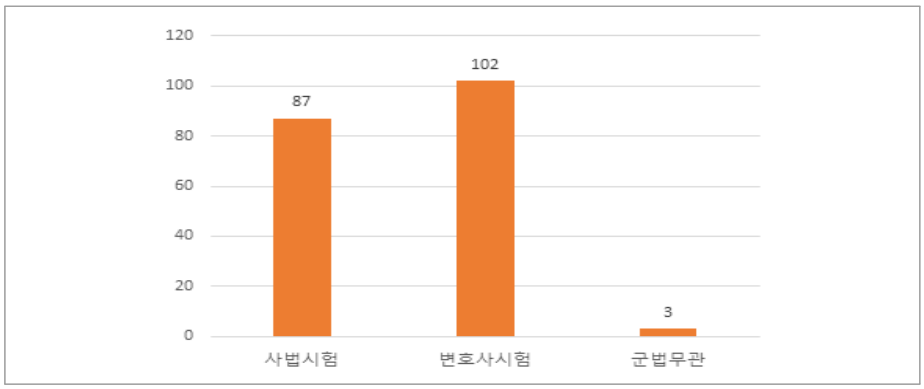
[그림 7] 자격취득유형별 침해가 있었다

(단위: 명)



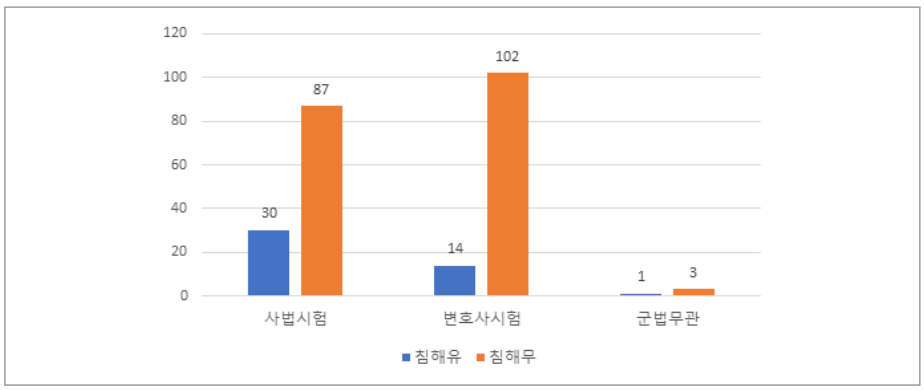
[그림 8] 자격취득유형별 침해가 없었다

(단위: 명)



[그림 9] 자격취득 유형별 침해경험 유무

(단위: 명)



다. 비밀유지권 침해주체

1) 자격취득(연차)별 침해주체

자격취득(연차)별 침해주체를 살펴보면 다음과 같다. 이 때 각 개인이 침해받은 기관이 두 곳 이상인 경우에는 각 경우를 개별 사건으로 보고 계산하였다. 따라서, 아래 교차표의 단위는 명이 아닌 건수로 해석하였다. 다만 연차별 침해기관의 유의한 차이를 보기위해 실시하고자 한 카이제곱 검정은 대부분 셀의 기대빈도가 5보다 작으므로 수행하지 못하였다.

연차 10년-15년 근무한 경우에 침해받은 기관이 공정거래위원회 6건으로 가장 많았으며, 다음으로는 검찰에 침해받은 경우 5건, 경찰에 침해받은 경우 4건이었다. 연차 5년-10년 근무한 경우에 침해받은 기관은 검찰 6건으로 가장 많았고, 5년 미만의 경우에도 검찰에 의해 침해받은 경우가 4건으로 가장 많았다. 20년 이상 근무한 경우의 침해기관은 검찰 3건, 경찰 2건, 국세청 2건이었다.

[표 2] 연차 * 침해주체 교차표

(단위: 명)

기관 / 연차	검찰	경찰	공정거래위원회	국세청	기타	전체
5년미만	4	1	1	1	1	8
5년-10년	6	4	2	1	3	16
10년-15년	5	4	6	1	0	16
15년-20년	4	0	1	0	0	5
20년이상	3	2	1	2	1	9
전체	22	11	11	5	5	54

2) 지회별 침해주체

침해받은 경험이 있다고 응답한 응답자들만을 대상으로 지회별 침해기관을 살펴보았다.

이 때 각 개인이 침해받은 기관이 두 곳 이상인 경우에는 각 경우를 개별 사건으로 보고 계산하였다. 따라서, 아래 교차표의 단위는 명이 아닌 건수로 해석하였다. 다만 연차별 침해기관의 유의한 차이를 보기위해 실시하고자 한 카이제곱 검정은 대부분 셀의 기대빈도가 5보다 작으므로 수행하지 못하였다.

비밀유지권을 침해받은 응답자가 속한 기관 대부분이 서울회이므로 서울회를 먼저 살펴보면 다음과 같다. 서울회 소속 변호사 중 검찰 기관에게 침해받은 경우가 19건으로 압도적으로 많았다. 그 다음으로는 공정거래위원회 10건, 경찰 6건, 국세청과 기타 각 4건이었다. 전북회에 소속된 변호사의 경우에는 검찰, 경찰, 기타 기관으로부터 침해받은 것이 각 1건이었다. 부산회에 소속된 변호사의 경우 경찰 기관으로부터 침해받은 것이 2건, 검찰에 의한 침해가 1건이었다. 마지막으로 인천회에 소속된 변호사의 경우 경찰, 국세청으로부터 침해받은 경우가 각 1건이었다.

소속회 모두에 걸쳐 검찰이 총 22건의 침해를 하여 검찰에 의한 침해가 가장 많았고, 경찰과 공정거래위원회에 의한 침해는 각 11건이었다. 국세청과 기타 기관에 의한 침해는 각 5건이었다.

[표 3] 소속회 * 침해주체 교차표

(단위: 명)

기관 \ 소속회	검찰	경찰	공정거래위원회	국세청	기타	전체
서울회	19	6	10	4	4	43
전북회	1	1	0	0	1	3
부산회	1	2	0	0	0	3
인천회	0	1	0	1	0	2
기타	1	1	1	0	0	3
전체	22	11	11	5	5	54

3) 자격취득유형별 침해주체

침해받은 경험이 있다고 응답한 응답자들만을 대상으로 자격취득유형별 침해기관을 살펴보았다.

이 때 각 개인이 침해받은 기관이 두 곳 이상인 경우에는 각 경우를 개별 사건으로 보고 계산하였다. 따라서, 아래 교차표의 단위는 명이 아닌 건수로 해석하였다. 다만 연차별 침해기관의 유의한 차이를 보기위해 실시하고자 한 카이제곱 검정은 대부분 셀의 기대빈도가 5보다 작으므로 수행하지 못하였다.

먼저 자격취득 유형이 사법시험인 경우와 변호사시험인 경우 모두 검찰에 의해 침해받은 경우가 14건으로 가장 많았다. 자격취득 유형이 사법시험 유형인 경우 두 번째와 세 번째로 침해를 많이 받았던 기관은 공정거래위원회, 국세청이었다. 자격취득 유형이 변호사시험인 경우 두 번째와 세 번째로 침해를 많이 받았던 기관은 경찰, 기타 순이었다. 군법무관 자격취득 유형인 경우 1건 뿐이었는데, 이 1건은 검찰에 의해서 침해를 받았던 것으로 나타났다.

종합하면, 세 자격취득 유형 모두 검찰에 의한 침해를 가장 빈번하게 겪었던 것으로 나타났다.

[표 4] 자격취득유형 * 침해주체 교차표

(단위: 명)

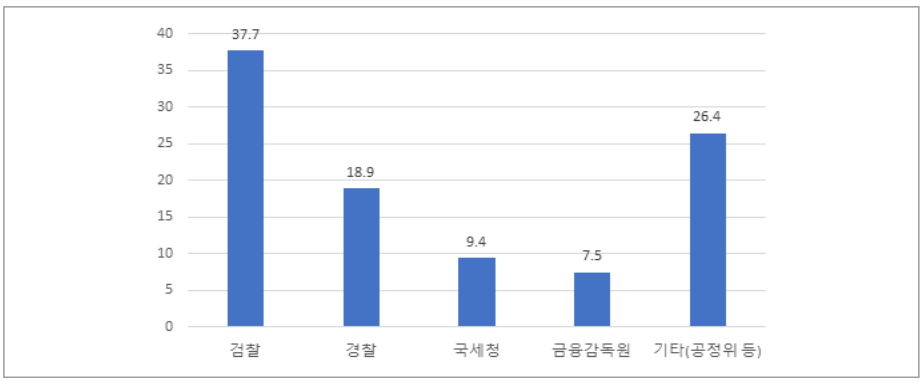
자격취득 \ 기관	검찰	경찰	공정거래위원회	국세청	기타	전체
사법시험	14	6	10	3	2	35
변호사시험	7	5	1	2	3	18
군법무관	1	0	0	0	0	1
전체	22	11	11	5	5	54

4) 종합

비밀유지권을 침해한 권력기관은 검찰인 경우가 가장 많았고, 경찰, 국세청, 금융감독원, 공정거래위원회 등이 그 뒤를 이었다. 전통적인 수사기관인 검찰과 경찰 뿐 아니라 국세청·금융감독원·공정거래위원회 또한 로펌, 기업·기관의 법무팀, 개업 변호사의 사무실, 피의자의 사무실 등에서 컴퓨터나 휴대전화를 압수수색하고 있다는 우려가 현실로 드러났다.

[그림 10] 비밀유지권 침해 권력기관

(단위: %, 소수점 둘째 자리 반올림)



라. 비밀유지권 침해방식

1) 침해기관별 침해유형

침해기관 별 침해방식의 사례 수는 아래와 같다. 이때 계산 방법은, 침해기관이 두 군데 이상인 경우 별도로 계산(=중복선택 개별로 계산함)하였다. 또한, 침해기관이

두 군데 이상이면서 침해방식이 두 군데 이상인 경우 모두 별도로 계산하였다. 예를 들어 침해기관: 검찰, 경찰, 침해방식: 가, 나 인 경우 검찰-가,나/경찰-가,나 총 4개로 계산하였다.

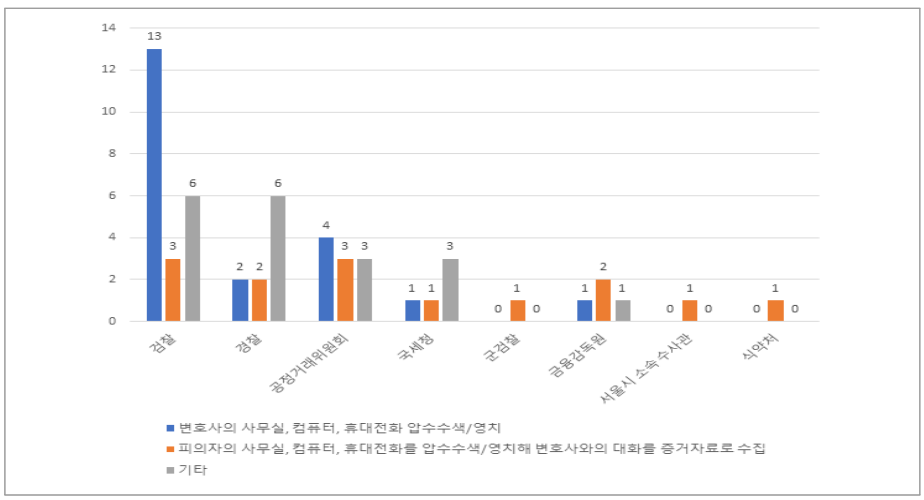
[표 5] 자침해기관 * 침해유형 교차표

(단위: 명)

침해기관 \ 침해유형	변호사의 사무실, 컴퓨터, 휴대전화 압수수색/영치	피의자의 사무실, 컴퓨터, 휴대전화를 압수수색/영치해 변호사와의 대화를 증거자료로 수집	기타
검찰	13	3	6
경찰	2	2	6
공정거래위원회	4	3	3
국세청	1	1	3
군검찰	0	1	0
금융감독원	1	2	1
서울시 소속 수사관	0	1	0
식약처	0	1	0
전체	21	14	19

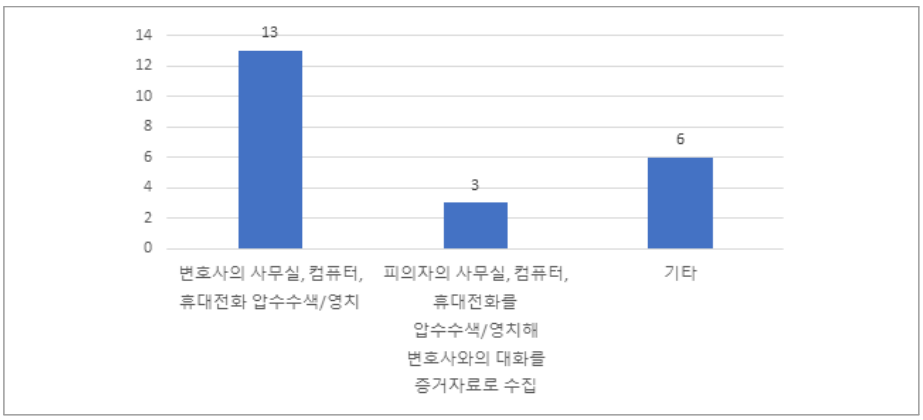
위 표의 전체 그래프는 다음과 같다.

[그림 11] 침해기관 * 침해유형 빈도 그래프



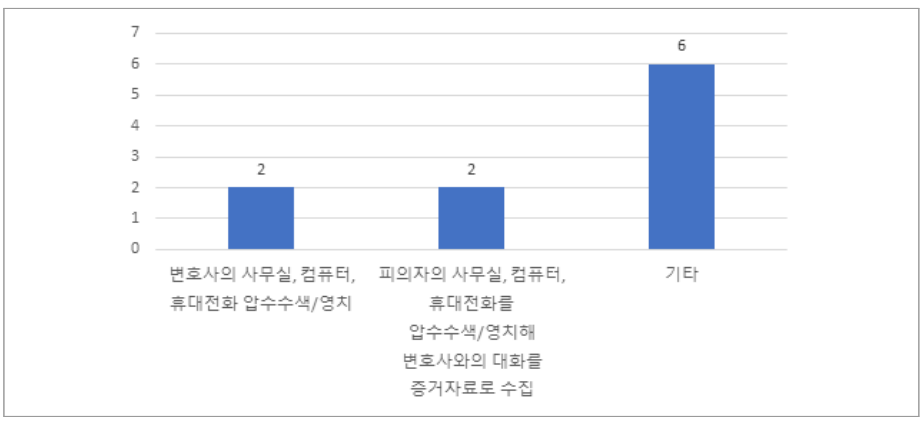
이 중 각 기관별 침해유형 그래프는 아래와 같다. 먼저 검찰의 경우 총 22건 중 '변호사의 사무실, 컴퓨터, 휴대전화 압수수색/영치'가 13건으로 가장 많았고, '기타'가 6건, '피의자의 사무실, 컴퓨터, 휴대전화를 압수수색/영치해 변호사와의 대화를 증거자료로 수집'이 3건이었다.

[그림 12] 검찰의 침해유형



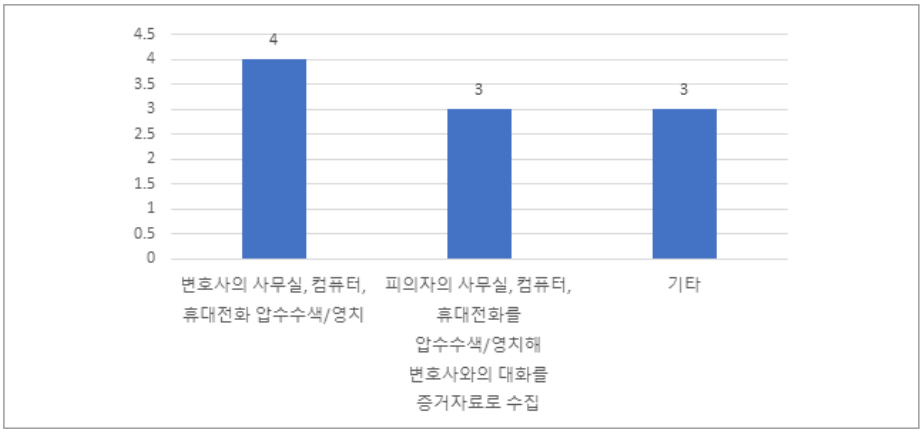
경찰의 경우 총 10건 중 '기타'가 6건으로 가장 많았고, '변호사의 사무실, 컴퓨터, 휴대전화 압수수색/영치'와 '피의자의 사무실, 컴퓨터, 휴대전화를 압수수색/영치해 변호사와의 대화를 증거자료로 수집'이 각 2건이었다.

[그림 13] 경찰의 침해유형



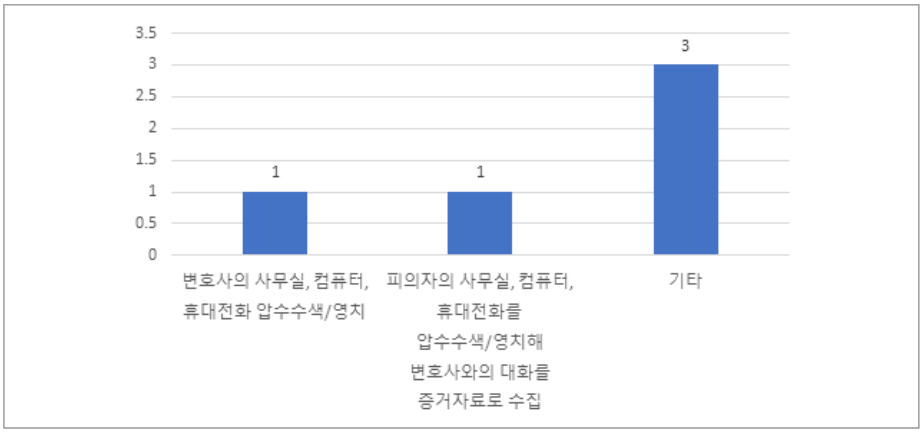
공정거래위원회의 경우 총 10건 중 '변호사의 사무실, 컴퓨터, 휴대전화 압수수색/영치'가 4건으로 가장 많았고, '기타'와 '피의자의 사무실, 컴퓨터, 휴대전화를 압수수색/영치해 변호사와의 대화를 증거자료로 수집'이 각 3건이었다.

[그림 14] 공정거래위원회의 침해유형



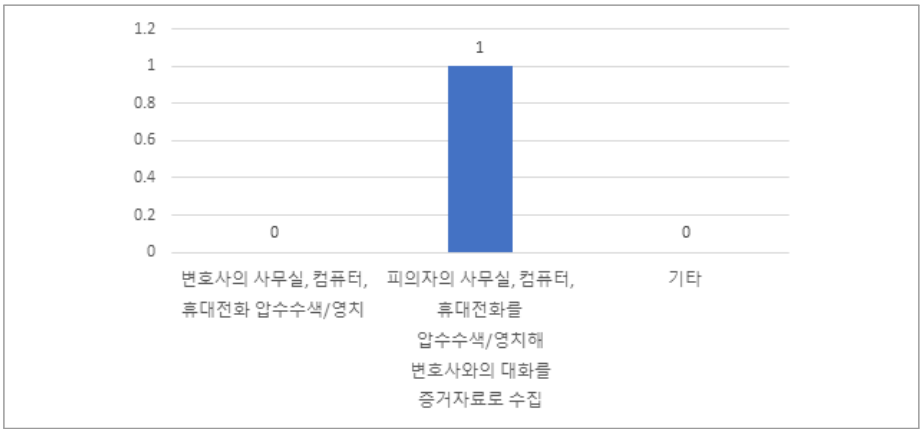
국세청의 경우 총 5건 중 '기타'가 3건으로 가장 많았고, '변호사의 사무실, 컴퓨터, 휴대전화 압수수색/영치'와 '피의자의 사무실, 컴퓨터, 휴대전화를 압수수색/영치해 변호사와의 대화를 증거자료로 수집'이 각 1건이었다.

[그림 15] 국세청의 침해유형



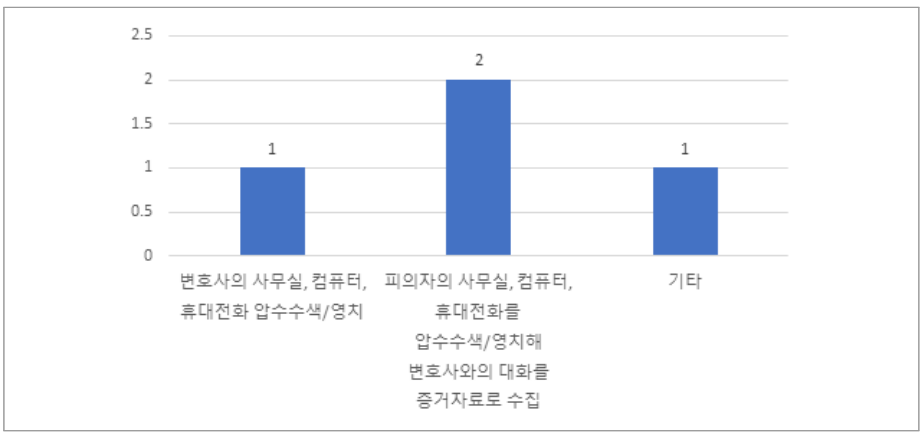
군 검찰의 경우 '피의자의 사무실, 컴퓨터, 휴대전화를 압수수색/영치해 변호사와의 대화를 증거자료로 수집'이 1건이었다.

[그림 16] 군검찰의 침해유형



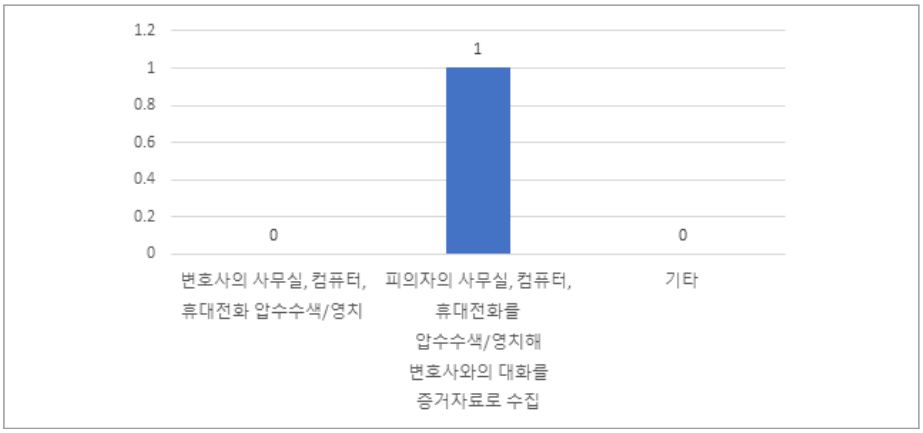
금융감독원의 경우 총 4건 중 '피의자의 사무실, 컴퓨터, 휴대전화를 압수수색/영치해 변호사와의 대화를 증거자료로 수집'이 2건이었고, '피의자의 사무실, 컴퓨터, 휴대전화를 압수수색/영치해 변호사와의 대화를 증거자료로 수집'과 '기타'가 각 1건이었다.

[그림 17] 금융감독원의 침해유형



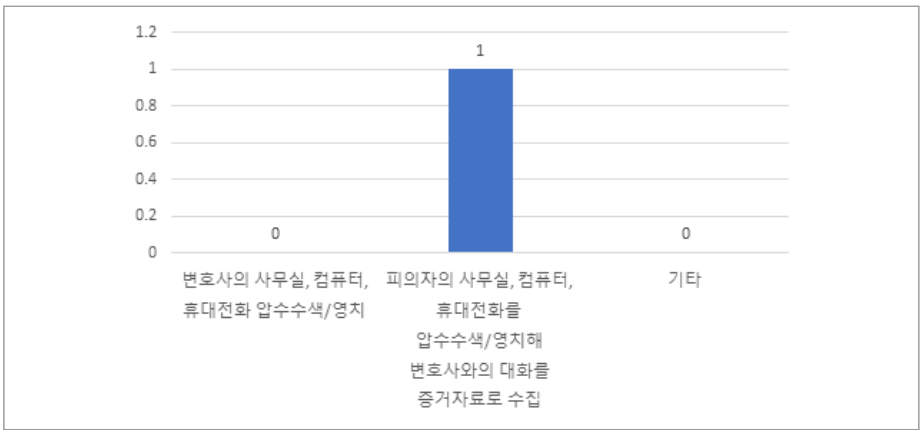
서울시 소속 수사관의 경우 '피의자의 사무실, 컴퓨터, 휴대전화를 압수수색/영치해 변호사와의 대화를 증거자료로 수집'이 1건이었다.

[그림 18] 서울시 소속 수사관 침해유형



식약처의 경우 '피의자의 사무실, 컴퓨터, 휴대전화를 압수수색/영치해 변호사와의 대화를 증거자료로 수집'이 1건이었다.

[그림 19] 식약처 침해유형



2) 침해유형의 기타 사례

침해유형의 기타 사례는 다음과 같다.

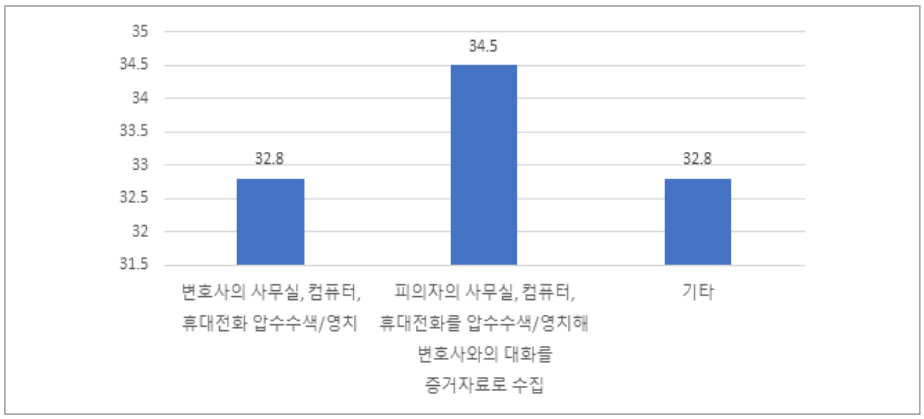
[표 6] 침해유형의 기타 사례

번호	기타사례
1	구두문의
2	의뢰인과 관련된 사람들을 소환하여 의뢰인과 변호사가 만났는지 여부, 어떤 대화를 나눴는지, 대화 시간은 얼마인지, 어떤 조언과 진술대비를 시켰는지 신문, 변호인의 상담내용 습득 시도
3	입회 시 메모 방해, 로펌 압수수색으로 압박하며 임의 제출 강요
4	변호사에게 전화를 걸어 구치소 접견내용을 파악
5	압수수색영장 신청시 '모바일 통신기기'라고 표시하여 법관으로 하여금 핸드폰 삭제 기회 박탈
6	무슨 이야기가 있냐 물어보는 방식
7	변호사에 답변 강요
8	변호사 컴퓨터 임의수색
9	기업 법무팀 현장조사를 통해 사내변호사와 로펌 사이의 논의 내용을 증거자료로 수집
10	과거 기업 근무시절 변호사의 컴퓨터 영치
11	기업체 근무시절 작성한 이메일이 세무조사 영치. 이후 출석 진술요구. 출석않으면 과태료 부과하겠다는 공문 발송.
12	거래하는 로펌 청구서(time sheet 첨부) 제출 요구

3) 종합

조사결과 변호사의 사무실, 컴퓨터, 휴대전화 압수수색/영치와 피의자의 사무실, 컴퓨터, 휴대전화를 압수수색/영치해 변호사와의 대화를 증거자료로 수집의 경우가 비등하게 나타났다. 특히 '기타'로 응답하거나 문항 5.에서 구체적으로 기재한 사례들 중에 비밀유지권을 심각하게 침해하는 사례들이 다수 존재하였다.

[그림 20] 침해방식



구체적으로 살펴보면, 피의자의 사무실에서 컴퓨터, 휴대전화를 압수수색하여 변호사와의 이메일 등 교신내역, 경찰 조사 참여시 변호사가 남긴 메모, 변호사의 법률검토의견서 등을 증거로 수집하는 등 비밀유지권을 침해한 사례가 있었다.

변호사의 사무실에서 컴퓨터, 휴대전화를 압수수색한 경우에는 피의자와의 문자메시지・카카오톡 대화내역, 상담일지 의뢰인의 방어를 위해 준비 중인 변호인 의견서 등이 증거로 수집되었다.

사내변호사의 경우, 검찰 등이 사내변호사와 로펌 간 논의 내용, 거래 대상 로펌의 업무 내역서(time sheet) 등을 제출할 것을 요구한 사례도 있다.

특히 조사된 비밀유지권 침해 사례 중에는 의뢰인과 관련된 사람들을 소환하여 의뢰인과 변호사가 접촉했는지 여부를 조사한 사례, 변호사가 근무 중인 로펌을 압수수색하겠다고 압박하여 담당 사건 증거의 임의제출을 강요한 사례, 피고인과 구치소에서 접견한 변호사에게 연락하여, 피고인과의 상담 내용을 밝히지 않을 경우 피고인에게 불이익한 조치를 취하겠다고 언급한 사례, 피의자에게 변호인과의 상담 내용을 진술할 것을 요구한 사례 등 그 정도가 심각한 경우도 다수 있었다.

마. 비밀유지권 침해 해결방안

주관식으로 기재하도록 한 비밀유지권 침해문제 및 해결방안에 대한 문항에 대한 응답을 바탕으로 아래와 같이 주제별로 나누어보았다.

1) 법원의 올바른 판단 필요

응답자들은 법원 수준에서 구속영장이나 압수수색 영장 청구시 엄격하고 올바른 판단하에 변호사의 비밀유지권을 보장하는 판단을 내려야 한다고 생각했다. 또한, 변호인에 대한 압수수색영장 발부를 자제하는 일도 필요하다고 생각했다.

- 구속영장 또는 압수수색영장 청구시에 법원은 더욱 신중하게 판단할 필요 있음
- 법원의 변호인에 대한 압수수색영장 발부는 자제
- 법원이 영장 발부 필요성에 대한 구체적 소명을 요구한다면 검찰이 좀 더 신중해질 것으로 판단되며, 영장 범위가 지나치게 광범위하고 포괄적이라서 이에 대한 특정이나 한정이 필요
- 사실상 강제적인 조사, 영치권에 대한 압수수색영장 수준의 법원 통제

2) 수사기관의 의식 제고

응답자들은 수사기관이 변호사의 비밀유지권 침해를 최소한으로 할 수 있도록 의식을 제고할 필요가 있다고 응답했으며, 압수수색의 범위를 보다 명확히 하고 강압적인 조사 방식을 개선할 필요가 있다고 주장했다.

(1) 수사기관의 의식 개선 필요성

- 수사기관의 압수수색 절차 이행을 위해 불가피하게 침해되는 부분이 있을 것이나, 피해가 최소한으로 그칠 수 있도록 수사기관의 의식 재고가 필요
- 권력기관의 유·무형적 보복을 억제하는 실질적인 방안 마련

(2) 수사기관의 현행 압수수색 절차 개선 및 매뉴얼 마련의 필요성

- 압수수색의 범위특정과 압수수색집행시 일치하지 않는 경우가 많음
- 수사기관의 강압적 조사 방식에 대한 제고 필요
- 검찰 및 수사관이 변호인과 의뢰인 사이의 대화내용, 면접횟수, 기타 사건 자체와 무관한 변호사의 변론전략 등과 관련한 정보를 수집하는 것을 방지할 필요/수사기관의 힘을 이용해 변호사의 상담내용을 신문의 형태로 알아내려는 시도 자체를 경고할 필요

- 수사절차전에 비밀유지권이 있음을 고지
- 영장에 기재된 한도 내에서 필요최소한으로 집행되어야 함
- 압수수색영장신청 대상범위를 제한할 필요가 있음
- 수사기관의 변호사, 변호사 사무실에 대한 압수수색 절차 매뉴얼이 정립될 필요가 있음

3) 입법적 조치

응답자들은 공통적으로 비밀유지권을 보장하는 입법적 조치를 마련하는 것이 중요하다고 강조하였다. 관련된 입법적 조치는 '비밀유지권 침해 관련 증거능력 배제 입법', '침해 금지 규정', '변호인의 메모권 등 명시적 보장 근거' 등이 있었다.

(1) 비밀유지권 침해 관련 증거능력 배제 입법

응답자들은 비밀유지권을 침해하여 수집된 증거의 증거능력을 배제하는 입법이 중요하다고 응답하였다. 특히 비밀유지권을 침해하여 수집되 증거는 변호인의 조력권을 침해하는 것이기 때문에, 위법하게 수집된 증거라고 보는 의견이 있었다.

- 비밀유지권 침해와 관련된 증거의 증거능력을 부인하는 내용으로 법을 개정하면 효과가 있을 것임.
- 비밀유지권이 법적으로 보장되고, 비밀유지권 침해가 된 증거는 증거능력을 배제시킨다는 조항이 입법적으로 보완되어야 함.
- 무차별적인 핸드폰 디지털 포렌식으로 인해 변호인과 의뢰인 간의 문자 또는 카카오톡 대화는 변호인의 조력권 침해 등의 이유로 위법수집 증거로서 증거능력을 부인해야 할 것임.
- 변호사법에 변호사의 비밀유지권 보호를 위해 압수수색, 영치의 예외사유로 정하거나 증거능력을 부정하는 입법할 필요가 있음.
- 비밀유지권 침해와 관련된 증거의 증거능력을 부인하는 내용으로 법을 개정하면 효과가 있을 것임.
- 의뢰인이 피의자와 나눈 문자메시지 등을 피의자로부터 수집하는 증거가 과연 위법한 증거인지가 명백하지 않은 상황임. 이에 대한 증거는 위법한 증거로서

인정이 되어야 하는데 이를 법적으로 명문의 규정을 통해서 남용을 방지할 근거 조항을 마련해야 할 것 같은데 구체적인 방안에 대해서는 더 고민을 해야 할 사항으로 보임.

- 변호사, 의뢰인 사이에 오고 간 대화, 의견 등에 대해서는 증거 능력 없도록 하는 법안 마련 필요
- 입법과 판례를 통해 변호사의 비밀유지권을 침해하여 수집한 증거의 증거능력을 부정하여야 하며 형사절차 뿐만 아니라 민사, 행정절차에서도 같은 맥락에서 증거능력에 대한 신중한 접근이 필요
- 변호사법 개정안에 변호인의 의뢰인 비밀유지권을 명문화하고 수사기관이 변호인의 의뢰인 비밀유지권을 침해하여 증거를 수집하면 해당 증거는 재판에서 배제한다는 규정도 포함시킬 필요가 있음

(2) 비밀유지권 침해 금지 규정 마련 입법

응답자들은 비밀유지권을 침해하는 행위 자체에 대한 규정을 명시적으로 두고, 변호인의 방어권을 위축시키지 않도록 권리를 보장하는 근거를 마련해야 한다고 주장했다.

- 변호사법에 비밀유지권침해 금지를 규정하고, 위반행위에 대한 엄격한 벌칙을 두는 방안이 좋을 것 같습니다.
- 경찰 조사시 메모는 해당 형사사건의 증거도 아님에도 무리하게 증거로 제출하고 변호인의 방어권을 위축시키고 있어 상당히 부당합니다. 조사 참여시 변호인의 메모권 등을 명시적으로 보장하는 근거가 신설될 필요가 있는 것으로 보입니다.
- 변호사-의뢰인 간의 비밀유지특권 제도가 시급히 도입되어야 한다고 생각합니다.
- 변호사의 공익성과 비밀유지권이 충돌되는 경우에 대한 명확한 입법이 필요하다.
- 피의자 및 피고인 등의 충분한 방어권 보장과 변호사의 사명을 달성하기 위해 변호인의 비밀유지권에 관한 입법이 반드시 이루어져야 할 것입니다.
- 변호인과 의뢰인 간의 교신내역 등에 관한 비밀유지에 대해 법문화
- 변호사 비밀유지권 (AttorneyClient Privilege)을 구체화한 법률마련

- 현행 변호사법 26조는 비밀유지의무만을 규정하고 있는바, 변호사에게는 비밀유지를 할 권리가 있다는 내용의 입법이 필요
- 비밀유지권을 명문규정을 통해 입법적으로 명확히 보장하는 것이 바람직
- 변호사에 대한 압수수색의 경우, 형사소송법과 군사법원법 등에 "변호사에 대한 압수수색을 청구할 때에는 변호사가 그에 관하여 의견을 진술할 기회를 부여하여야 한다"는 명문 규정을 도입하여 불필요한 정보유출을 제한할 필요가 있음
- 비밀유지권 침해 방지에 대한 사항을 경찰 수사 지침이나 경찰 직무집행법령에 명시적으로 규정하는 것이 바람직하다고 생각합니다.

(3) 영장심사, 강제수사, 압수수색에 있어 엄격한 절차 마련의 입법 필요

- 피의자의 방어권과 변호사의 비밀유지권은 헌법에 기초한 기본권으로서 그 제한이 최소화되어야 하는 바, 다른 사건에 있어서의 압수 수색/영치보다 그 영장심사에 있어서 엄격할 것이 법제화 되어야 한다고 생각합니다.
- 강제수사는 매우 엄격한 요건, 예를 들어 범죄행위에 대한 공모여부를 의심할 만한 고도의 개연성이 소명되는 경우 등에 한하여 제한적으로 허용되어야 하고, 이러한 가이드라인은 단순 권고 규정이 아닌 강제성을 동반한 법률의 형태로 입법되어야 할 것
- 압수수색 영장발부 요건을 좀 더 강화해서 원칙적으로는 불가하고, 허용되는 경우를 구체적으로 열거, 제한하는 식으로 입법
- 대형로펌 등을 압수, 수색할 수 있는 경우로 변호사가 직접 피의자이거나 변호사와 범죄의 관련성이 명백한 경우 등으로 제한하는 입법이 필요
- 변호사가 당사자와 변론준비 및 변론과정에서 작성 보관하고 있는 문서(전자문서)에 대해서는 압수수색 대상에서 제외하도록 하고. 수사기관에 의해서는 법정에 증거로 제출될 수 없도록 증거능력을 제한하는 입법 필요
- 법원의 영장발부요건에 대한 추가요건 신설필요
- 로펌 등에 대한 압수수색은 가급적 자제해야 하며 법률에 따라 원칙적으로 금지하되 예외 조항을 두어야 함

4) 제도 개선

응답자들은 비밀유지권이 침해될 수 있는 상황과 관련 제도를 전반적으로 개선할 필요가 있다고 응답하였다. 또한, 관련된 논의가 활발히 이루어질 필요가 있다고 응답했다.

(1) 압수수색 관련

- 로펌 등에 대한 압수수색은 헌법상 보장된 변호인의 조력을 받을 권리를 전면적으로 침해하는 행위로 생각되며, 즉시 개선되어야 할 것으로 생각됩니다.
- 상담일지를 압수할 때는 사건과 관련된 부분만 압수하도록 제도 개선 필요
- 압수수색, 형사처벌 등의 방법으로 침해되어서는 안 됨
- 피감자의 방어권을 보장하는 제도적 장치를 마련
- 압수수색 범위의 최소화
- 무분별한 자료제출 강요 금지

(2) 제도화 논의/관심의 필요

- 가령 구속영장이 어느 경우에 발부되었고, 어느 경우에는 발부되지 않았는지 사례군을 정리하여 기준을 세워갈 필요가 있듯이, 압수수색 영장에 관하여도 지속적으로 사례를 모아 구체적인 기준을 계속 다듬어가는 노력이 필요하다고 생각합니다. 다만 현실에서 영장 발부 기준에 대한 논의는 생각보다 활발하지 않은 거 같습니다. 그러다 보니 개인적인 판단에 좌지우지 된다는 인상을 받게 됩니다.

5) 협회차원의 엄중한 대응

응답자들은 비밀유지권이 침해될 수 있는 상황과 관련해서 변호사협회 차원에서 엄중한 대응을 할 필요가 있다고 주장했다.

(1) 침해사례 관련 취합의 필요성

- 금번 설문조사와 같은 설문조사 및 기타 지방회 단위로 사례 취합하여 변호사협회 차원에서 각 기관에 업무협조 요청이 필요할 것으로 보입니다.

- 국회의 국정감사의 경우에 있어서도 무분별한 비밀유지권침해 사례가 발생하고 있습니다. 이번과 다소 다른 점은 있으나 이 점도 향후 고민하여 주시기 바랍니다.
- 설문 및 침해사례 접수를 통한 현황 파악 필요
- 개별적 사례에 대한 관심필요

(2) 협회 차원의 공식적인 대응 필요

- 설문조사를 기초로 한 변협 성명서를 낸다
- 변협 등의 검찰 징계 청구/신청 대리
- 사례들을 확인하고 성명을 내고 공식 항의하는 것이 필요하다고 생각됨.
- 또한, 재발 방지를 위해 법원이나 검찰과의 간담회 등을 통해 위와 같은 사례가 발생할 경우 해당 법관 내지 검사에게 일정한 불이익을 주는 것도 필요함
- 변협차원에서 비밀유지권에 관한 특별 보호를 공식적이고 정기적인 방법으로 수사기관에 요청하는 것이 필요
- 변협에서 이를 입법화하는 노력을 하거나 적어도 이슈화 하여 권한을 지키려는 노력을 하는 것이 바람직함
- 구체적 사례 공개 및 조직적 대처

6) 기타의견

기타의견으로는 비밀유지 의무 유무에 관한 명확한 기준을 세울 것과, 형사절차나 행정조사 시 진술거부권이 인정되는 방안 등이 있었다. 또한, 변호사 스스로 자정의 노력을 기울여야 한다는 의견도 있었다. 이 외에도 침해사실이 확인되었을 때 침해기관에 대한 처벌 규정을 마련하는 것과, 해외사례를 참고하여 제도를 법률로 규정하는 것이 필요하다는 의견이 있었다.

(1) 명확한 기준제시 및 진술거부권 인정 필요

- 사내변호사의 경우 비밀유지 의무 유무에 관한 명확한 기준이 없는데, 기준 제시가 있으면 좋겠음. 또한, 형사절차나 행정조사 시 진술거부권이 인정되어야 함.

(2) 변호사 자정의 노력 필요

- 변호사 스스로 그 업무의 공익성을 인식하고 사법농단이나 비리에 연루되지 않도록 하는 노력이 선행되어야 함

(3) 처벌규정 마련

- 침해사실 확인 시 해당 국가기관 평가 점수 최하위 부여 및 국가기관 국가배상책임 간주 규정 신설
- 변호사법 개정안에 변호인의 의뢰인 비밀유지권을 명문화하고 수사기관이 변호인의 의뢰인 비밀유지권을 침해하여 증거를 수집하면 해당 증거는 재판에서 배제한다는 규정도 포함시킬 필요가 있음

(4) 해외사례 도입

- 미국, 영국 등 해외 법제를 참고하여 대한민국에서도 동일한 보호를 받을 수 있도록 변호사의 권리를 강력하게 주장할 필요가 있음
- Attorney Client Privilege 또는 이와 유사한 제도를 법률로 규정할 필요가 있다고 판단됨

3. 조사 결과

대한변호사협회는 2019년 7월 4일 비밀유지권 침해 실태조사에 관한 보도자료를 배포하여 “설문조사 응답을 취합하면, 수사기관 뿐 아니라, 국세청, 금융감독원, 공정거래위원회 등 여타 기관까지 변호사와 피조사자 사이의 상담 내용을 증거로 제출할 것을 압박하고 진술을 유도하는 등 부당하게 행동하였음이 드러났다”고 조사 결과를 요약하면서 아래와 같은 입장을 밝혔다.

헌법은 국민의 재판청구권을 보장하고 있는데, 의뢰인과 변호사간 비밀유지권은 재판받을 권리 보장을 위한 전제로 당연히 인정되어야 한다. 변호인의 조력을 받을 권리가 실질적으로 보장되기 위해서는 의뢰인과 변호사간 상담 내용 및 이를 기록한 서류 등은 공개되어서는 안되는 것이다. 의뢰인과 변호사간 비밀유지권이 침해되는 상황이 반복적으로 발생하게 되면, 의뢰인은 변호사에게 제공한 자료가 공개되어 자신에게 불이익하게 사용될 수 있다는 두려움을 가질 수밖에 없고, 결국 의뢰인과 변호사 사이에 진솔한 의사소통이 불가능해지게 된다. 결국 헌법상 보장되는 재판청구권과 변호인의 조력을 받을 권리가 실질적으로 침해되는 엄중한 결과에 이르게 되는 것이다.

위와 같은 상황을 우려하여 선진국의 경우 의뢰인과 변호사간 비밀유지권을 인정하고 있다. 미국은 변호사의 비밀유지의무(Duty of Confidentiality)와 구별하여, 연방법과 주법, 보통법에 의해 변호사-의뢰인 간 비밀유지권(Attorney-Client Privilege)이 인정된다. 영국도 보통법에 의해 변호사 특권(Legal Professional Privilege)이 인정된다. 나아가 '유럽변호사 행위규범(The Code of Conduct for European Lawyers)'은 "비밀유지는 변호사의 일차적인 권리이자 의무이다. 변호사의 비밀유지의무는 의뢰인의 이익뿐 아니라 사법제도 운영의 이익에도 봉사한다. 따라서 이는 국가로부터 특별한 보호를 받을 자격이 있다"고 명시하고 있고, 아시아태평양지역법률가협회는 "법치주의의 실현, 진실한 법집행을 위하여 변호사의 비밀유지의무 또는 권리를 공통된 가치로 추구하고 있음을 인식하고, 소속 각 국가에 변호사의 비밀유지원칙 강화 및 보호를 요청하며, 이에 대한 국가의 침범은 변호사와 의뢰인 간의 근본적인 신뢰관계, 변호사의 독립성을 약화시키고 사법의 진실성을 방해하는 것이다"라는 결의문을 채택한 사실도 있다.

대한변호사협회는 위와 같은 설문조사 결과를 바탕으로 의뢰인과 변호사간 비밀유지권 도입을 위한 각계 전문가의 의견을 청취하는 등 앞으로 의뢰인 변호사간 비밀유지권 확보를 위해 최선의 노력을 기울일 것이다.

제2절 | 대한변호사협회 변호사법 개정 제안

1. 변호사법 개정안 제안 경위

대한변호사협회는 '변호사 비밀유지권 침해 피해사례 실태조사'를 시행한 이후 국회의원 조응천과 공동으로 2019년 7월 10일 개최한 변호사 비밀유지권 도입 정책토론회를 개최하였다. 대한변호사협회는 위 토론회를 개최하며 "수사기관 등에 의해 관행적으로 이루어졌던 변호사 사무실 압수수색에 대한 문제점을 검토하고, 헌법상 권리인 변호사의 조력을 받을 권리를 보장하기 위한 실효적인 방법과 입법적 대안을 모색하고자 마련하였다"고 취지를 밝혔다.

위 토론회는 최승재 세종대학교 법학부 교수가 좌장을 맡고, 한애라 성균관대학교

법학전문대학원 교수가 주제발표자로 참여하여 비밀유지권에 관한 미국, 영국, 캐나다, 독일, 프랑스, 유럽인권재판소 및 유럽사법재판소, 일본의 태도 및 법제를 살펴보고, 우리나라의 현행 법제 및 변호사-의뢰인 의사교환의 침해 실태를 발표하였다. 토론자로는 천하람 대한변호사협회 제2법제이사와 장수정 법원행정처 사법지원실 사무관, 윤성훈 법무부 법무과 서기관, 이병화 법무법인(유) 광장 변호사가 참석하여 진행되었다.

천하람 대한변호사협회 제2법제이사는 토론을 통해 대한변호사협회의 의견에 따라 의뢰인 변호사간 비밀유지권을 변호사법에 명문화하는 개정안을 제안하였다. 그러면서 아래와 같이 개정안의 방향성을 제시하였다.

① 개정안에서는 의뢰인과 변호사 사이의 의사소통 내용 및 변호사가 의뢰받은 직무와 관련하여 작성한 문서 등에 대한 비밀이 보장될 필요가 있고, 이러한 비밀보장을 현행 규정보다 적극적으로 명확히 하여야 한다는 점을 감안하여 변호사가 보유한 직무상 비밀정보를 원칙적으로 비공개하도록 정하고자 하였다.

② 위와 같은 의뢰인-변호사 간의 비밀보장을 효율적으로 확보하기 위하여, 기존 개정안에 비해 보호대상이 되는 정보의 범위를 구체화하고자 하였다.

③ 이를 위하여 의뢰인과 변호사 사이의 비밀보장에 관하여 구체적으로 정하고 있는 대한변호사협회의 변호사윤리장전의 관련 규정을 참고하였다.

④ 의뢰인과 변호사간 비밀 보호의 범위 및 그 제한에 관하여 우리나라의 법률실무 및 타 법률과의 정합성을 고려하여 의뢰인의 권리 보호와 공익상의 공개 필요성 사이의 균형을 도모하고자 하였다.

2. 제안된 변호사법 개정안의 내용

대한변호사협회 제2법제 이사가 제안한 변호사법 개정안과 그 내용은 아래와 같다.

[표 7] 현행 변호사법과 개정안

현행 변호사법	개정안
제26조(비밀유지의무 등) 변호사 또는 변호사이었던 자는 그 직무상 알게 된 비밀을 누설하여서는 아니 된다. 다만, 법률에 특별한 규정이 있는 경우에는 그러하지 아니하다.	제26조(비밀유지의무 및 의뢰인의 권익보호) 변호사 또는 변호사이었던 자는 그 직무상 알게 된 비밀을 누설하여서는 아니 된다. 〈삭제〉
② 〈신설〉	누구든지 다음 각 호의 공개, 제출, 열람을 요구하여서는 아니 된다. 1. 의뢰인과 변호사 사이에서 직무와 관련하여 비밀리에 이루어진 의사교환 내용 2. 변호사가 직무와 관련하여 의뢰인으로부터 건네받은 서류나 그 밖의 자료(전자적 형태로 작성·관리되는 것을 포함한다. 이하 이 조에서 같다) 또는 물건 3. 변호사가 의뢰받은 직무와 관련하여 작성한 서류나 그 밖의 자료
③ 〈신설〉	제1항 및 제2항은 다음 각 호 중 하나에 해당하는 경우에는 적용하지 아니한다. 1. 의뢰인의 자발적 승낙이 있는 경우 2. 의뢰인이 범죄를 범할 목적으로 법적 자문을 받은 경우 등 중대한 공익상 필요가 있는 경우 3. 의뢰인과 변호사 사이에 발생한 분쟁에서 변호사가 자신의 권리를 실현하거나 자신을 방어하기 위하여 필요한 경우
〈신설〉	제1항 및 제2항에 위반하여 수집된 증거는 재판 또는 행정절차 그 밖에 이에 준하는 절차에서 증거로 사용할 수 없다.

가. 의뢰인과의 직무상 의사교환 등 비밀정보 공개 요구 금지(제2항 신설)

변호사의 직무상 비밀정보에 대한 공개, 제출, 열람 요구를 금지함으로써 현행 규정의 문제점인 의뢰인의 불충분한 방어권 보장 문제를 효과적으로 해결할 수 있도록 하였다.

또한, 제2항 각 호에서 대한변호사협회의 변호사윤리장전 제18조의 내용을 반영하여 공개가 금지되는 비밀정보의 범위를 구체화하여 보호받는 비밀의 범위와 한계를 명확히 하였다.

나. 변호사의 비밀유지의무 및 비밀정보 비공개의 예외 규정(제1항 단서 삭제 및 제3항 신설)

현행 제26조 단서를 삭제하고 압수거부에 관한 형사소송법 제112조 및 증언거부에 관한 형사소송법 제149조의 내용 및 변호사윤리장전 제18조를 참고하여 개정 변호사법 제26조 제1항 및 제2항에서 정하는 비밀보호의 해제 사유로 “의뢰인의 자발적 승낙”, “의뢰인이 범죄를 범할 목적으로 법적 자문을 받은 경우 등 중대한 공익상 필요” 및 “의뢰인과 변호사 사이에 발생한 분쟁에서 변호사가 자신의 권리를 실현하거나 자신을 방어하기 위하여 필요한 경우”를 규정하여 의뢰인과 변호사간 비밀보장의 예외 사유를 명시하였다.

외국의 입법례에서는 의뢰인-변호사간 비밀유지권리의 예외사유를 자발적 공개, 범죄목적, 수임관계에서의 의무위반 등으로 열거하여 최대한 위 권리를 강력하게 보장하고 있다.

그러나, 우리나라의 경우 관련 법리가 주요 외국에 비하여 발달하지 않았다는 점에서 예외사유로 ‘의뢰인의 자발적 승낙’, ‘변호사 자신의 권리 방어’외에 형사소송법 제112조 단서, 제149조 단서와 같이 ‘중대한 공익상 필요’로 정해 두고 이를 법원이 판단하도록 하여 의뢰인의 권리 보호와 공익상의 공개 필요성 사이의 균형이 맞춰질 수 있도록 하였다.

다. 비밀유지의무 및 비밀정보 공개요구 금지 규정을 위반하여 수집된 증거의 사용금지(제4항 신설)

변호사의 비밀유지의무 및 비밀정보 공개요구 금지 규정을 위반하여 수집된 증거에 대하여 재판 또는 행정절차 그 밖에 이에 준하는 절차에서 증거로 사용할 수 없도록 규정하여, 비밀유지의무 및 비밀정보 공개요구 금지 규정의 실효성을 강화하였다.

3. 제안 이후 경과

조응천 국회의원이 대한변호사협회의 위 제안을 대부분 수용하여 2019년 9월 18일 변호사법 개정안(의안번호 2022526)을 대표발의 하였으나, 20대 국회 임기만료로 폐

기되었다. 21대 국회 개원 직후 조응천 의원이 다시금 같은 내용으로 변호사법 개정안(의안번호 2100697)을 대표발의 하였고, 현재 법제사법위원회에서 심사가 진행중이다.[87]

87) 법제사법위원회 전문위원 허병조, '변호사법 일부개정법률안 검토보고', 2020. 7.

변호사와 의뢰인 간 비밀유지권에 관한 각국의 입법례: 증언거부 특권을 중심으로

윤 종 행

제4장

변호사와 의뢰인 간 비밀유지권에 관한 각국의 입법례: 증언거부 특권을 중심으로

제1절 | 미국

1. 미국에서의 변호사와 의뢰인 간 증언거부 특권의 의의 및 연혁

변호사와 의뢰인 간의 대화 내용에 대하여 법정에서 증언을 거부할 수 있는 권리(attorney-client privilege)는 영미법상 오랜 전통으로서 미국의 연방대법원에서 오랜 세월동안 인정하여 왔고, 미연방 증거법(Federal Rules of Evidence) 제502조에서 규정하고 있으며,[88] 오늘날 미국의 대부분의 주 법에서 인정하고 있다.[89] 이는 변호사 또는 그의 부하직원과 의뢰인 간에, 법률자문이나 법률적 서비스를 받기 위한 비밀스러운 의사교환 내용이, 불법행위 또는 범죄를 목적으로 하는 경우가 아닌 한, 의뢰인의 특권 포기 없이는 공개되지 않는다는 원칙이다.[90] 이러한 증언거부의 특권이 인정되는 것은 변호사가 의뢰인으로부터 솔직하고 온전한 정보를 충분히 받아야 양질의 법률자문과 법적 보호를 해줄 수 있고, 결과적으로 사법행정상의 공익에 기여할 수 있다는데 근거한다.[91] 변호사에게 알려주는 정보를 누설하지 않을 것이라는 확신이 없으면 모든 것을 터놓고 말할 수 없기 때문이다.[92] 변호사와 의뢰인 간의 대화 내용에

88) Federal Rules of Evidence 502. ATTORNEY-CLIENT PRIVILEGE AND WORK PRODUCT; LIMITATIONS ON WAIVER.
89) RESTATEMENT (THIRD) OF LAW GOVERNING LAWYERS §68 cmt. d, 2000; Fed. R. of Evid. 502; N.Y. C.P.L.R. §4503, 2014.
90) United States v. Jones, 696 F.2d 1069, 1072 (4th Cir. 1982).
91) Upjohn Co. v. United States, 449 U.S. 383, 389 (1981).
92) RESTATEMENT LGL §68 cmt. c.; Adjoa Linzy, The Attorney-client privilege and Discovery

대한 증언거부의 특권은 연혁적으로 영국의 엘리자베스 시대로까지 거슬러 올라가는데,[93] 미국에 이 제도가 도입된 것은 1820년대라고 한다.[94] 오늘날 미국 법원에서는 그동안 대립하는 소송당사자에게 미치는 강한 영향력을 고려하여 비밀보호의 특권과 관련되는 상충하는 이익을 비교형량하여 특권 인정의 범위를 신중하게 적용하고 있는 것으로 평가되고 있다.[95]

2. 증언거부의 특권에 의하여 보호되기 위한 요건

가. 법적 자문에 관하여 비밀성을 전제로 나눈 정보일 것

변호사와 의뢰인 간의 의사교환 내용이 증언거부의 특권에 의하여 보호되기 위하여서는, 의뢰인이 법적 도움을 받기 위하여 나누는 정보교환으로서 누설되지 않을 것이라는 신뢰를 바탕으로 하는 것이어야 한다. 그리고 의뢰인은 본인만이 아니라 대리인, 의뢰인의 변호사도 포함되고, 기업이나 단체 등의 직원이나 임무를 맡은 구성원도 포함된다. 그리고 여기서 변호사는 변호사로 선임하기 이전에도 장래 선임할 것이 기대되는 상태이든지 단지 법적 조언을 구하는 경우이든지 상관없고, 보수 유무와도 무관하다. 그리고 변호사 본인과의 정보교환만이 아니라 변호사 사무실 직원, 비서 등 변호사의 업무를 돕는 사람들과 정보를 교환한 경우에도 적용된다.[96]

그런데 현실적으로 어느 정도의 범위에서 증언거부의 특권을 인정하여야 하는지의 문제는 단순하지 않다. 이는 구체적인 상황에서 사법적 정의를 위하여 법원이 의뢰인의 반대에도 불구하고 변호사와 의뢰인 간의 정보교환 내용을 진술하도록 요구할

---

of Electronically-stored Information, Duke L. & Tec. Rev. 5, 2011.

93) Berd v. Lovelace, 21 Eng. Rep. 33 (1577); Dennis V. Codrington, 21 Eng. Rep. 53 (1580); Harvard Law Review Association, Developments in the Law - Privileged Communications, 98 Harv. L. Rev. 1456, 1985.

94) Geoffrey C. Hazard, Jr., An Historical Perspective on the Attorney-Client Privilege, 66 Calif. L. Rev, 1978, 1061~1088면.

95) Burke T. Ward and others, "Electronic Discovery: Rules for a Digital Age", 18 B. U. J. Sci. & Tec. L. 150, 183, 2012; 윤종행, '변호인과 의뢰인 간의 대화내용에 대한 증언거부권', "법학논총 31 (2)", 2018, 293-295면.

96) William T. Barker, the Attorney-Client Privilege, Common-Interest Arrangements, and Networks of Parties with Preexisting Obligations, 53 Tort Trial & Ins. Prac. L.J 15 , 2017, 8~9면.

수 있는 것인지의 문제에 귀결된다. 결국, 증언거부의 특권이라는 제도의 취지를 고려하여 의뢰인과 변호사, 그리고 이들을 돕는 주변인들이 누구인지, 정보교환 내용의 성격은 무엇인지에 따라 증언거부의 특권을 인정하여야 하는지를 결정하여야 한다. 예컨대 의뢰인과 변호사 사이의 단순한 의사교환 전달자에 불과한 경우에는, 정보 전달자가 그 과정에서 지득한 정보를 누설하도록 허용하여서는 안될 것이다. 그러나 변호사와 교환한 정보의 내용이 법적 자문에 관하여 비밀로 하는 차원의 것이 아닌, 일상의 업무적 차원에서 교환한 내용이라면 증언거부의 특권으로서 보호받지 못할 수 있다.[97]

여기서 "누설되지 않을 것이라는 신뢰(confidential)" 요건은 정보를 교환하는 당사자 간에 의사교환 당사자 이외의 타인이 알지 못하게 된다고 합리적으로 믿은 경우를 말한다. 따라서 당사자 이외의 제3자가 대화 장소의 현장에 함께 있으면서 듣거나 의사교환 내용을 알게 될 것이라는 것을 알았거나 알 수 있는 상황이라면, 이 요건을 충족하지 못하므로 증언거부의 특권으로서 보호받지 못하게 된다.[98] 그리고 변호사와 의뢰인 간의 정보교환내용에 대하여 의도적이거나 실수로 인하여 제3자에게 누설한 경우에는, 그 이후에 교환한 내용에 대하여도 증언거부의 특권을 포기한 것으로 여겨질 수 있다.[99] 한편, 회사의 직원이 회사에 대하여 불만을 품은 이유로 회사의 비밀정보를 누설한 경우에도, 통상의 정보공개(discovery) 절차에 의한 것이 아니라면 변호사와 의뢰인 간의 증언거부의 특권에 의하여 보호될 수 있다는 견해와 이에 반대하는 견해로 나뉘고 있다.[100]

한편 법적 자문을 구하는 의뢰인이 법인이나 단체 등일 경우에는, 기업 또는 단체에서 법적 자문에 관한 업무를 맡은 직원이나 대리인이 법적 자문이나 법률서비스를 받기 위하여 변호사와 나눈 정보교환 내용에 대하여도 증언거부의 특권이 주어진다.[101] 이러한 경우에는 변호사와 교환한 정보내용이 법적 자문과 관련될 것의 요건

---

97) Jack H. Friedenthal, Discovery and Use of an Adverse Party's Expert Information, 14 Stan. L. Rev, 1962, 456~458면.
98) William T. Barker, *Id,* at 10.
99) William T. Barker, *Id,* at 12.
100) Anne E. Conroy, Reevaluating Attorney-Client Privilege in the Age of Hackers, 82 Brook. L. Rev. 1821, 2017.
101) RESTATEMENT LGL §73; Upjohn Co. v. United States, 449 U.S. 383, 393-395 (1981).

(the subject matter test)과, 변호사와 정보교환을 한 사람이 변호사의 법적 자문과 관련하여 기업이나 단체의 정책 결정을 하거나 조치를 취할 수 있는 위치에 있을 것이라는 요건(the control-group test)을 충족하여야 한다.[102]

나. 업무결과물의 원칙

미국에서는 변호인과 의뢰인 간의 증언거부의 특권은 변호사 사무실에서 의뢰인을 위한 법적 쟁송 내지 자문을 위하여 준비한 업무 결과물에 대하여도 폭넓게 인정되는데, 이를 "업무결과물의 원칙(work product principle)"이라고 한다.[103] 어떤 정보가 "업무결과물의 원칙"에 의하여 보호되는지는 업무결과물(work product)이 장래 소송 등 법적 분쟁에 대비하기 위하여 준비된 것인지 여부에 의하여 결정될 수 있다.[104] 다만 이러한 특권은 포기될 수 있는데, 예컨대 반대 당사자가 알 수 있도록 업무결과물인 정보를 누설한 경우에는 특권으로서 보호받지 못할 수 있다.[105]

다. 공통이익의 합의 이론

"공통이익의 합의 이론(the common-interest arrangements doctrine)"은 미국 판례를 통하여 형성되어진 원칙으로서, 공범과 같이 다수의 의뢰인들이 있고 의뢰인들이 각각의 변호사를 선임한 경우와 같이 공통의 이익이 있는 경우에는, 예컨대 각각의 변호사들이 각각의 의뢰인들로부터 개별적으로 수집한 정보를 함께 공유하였다고 하더라도 변호사와 의뢰인 간의 증언거부의 특권을 포기한 것으로 여겨지지 않고, 의뢰인들과 변호사간에 개별적으로 교환한 정보내용은 특권으로 보호되게 된다

---

102) William T. Barker, the Attorney-Client Privilege, Common-Interest Arrangements, and Networks of Parties with Preexisting Obligations, *Id,* at 13. 한편 특허전문변리사(patent agents)에게도 변호사와 의뢰인 간의 증언거부의 특권을 확대하여 인정할 것인가에 대하여 논란이 되고 있는데, 이에 대하여는 학설과 판례가 나뉘고 있다 {Megan M. La Belle, *Privilege for Patent Agents*, 23 B.U. J. Sci. & Tech. L, 2017, 350~376면.}.

103) Hickman v. Taylor, 329 U.S. 495 (1947); Jack H. Friedenthal, Discovery and Use of an Adverse Party's Expert Information, 14 Stan. L. Rev, 1962, 469~474면.

104) Jeffrey Schacknow, *Applying the Common Interest Doctrine to the Third-Party Litigation Funding*, 66 Emory L.J. 1469, 2017.

105) Jeffrey Schacknow, *Id,* at 1476; 윤종행, '변호인과 의뢰인 간의 대화내용에 대한 증언거부권', "법학논총 31 (2)", 2018, 298면.

는 이론이다.[106] 따라서 다수의 변호사와 의뢰인 간에 교환한 정보내용에 대하여 비밀로 할 것에 대하여 명시적 또는 묵시적 합의가 있는 경우에는, 자신만의 고유한 정보가 아닌 한, 다수의 의뢰인들 중 어느 한 사람이 일방적으로 누설하지 못한다.[107]

라. 전문인의 증언과 증언거부의 특권

미국에서는 의사, 감정인, 과학자 등의 전문인의 의견은 실체진실을 규명하기 위한 재판에서 일반인의 경우보다 증언의 필요성이 보다 크고 결정적인 역할을 하는 경우가 많으므로, 이들이 의뢰인 또는 변호사에 의하여 법적 쟁송을 준비하기 위하여 고용된 경우라면, 변호사와 의뢰인 간의 증언거부의 특권에 의하여 보호하여야 할 필요성이 인정되고 있다. 예컨대, 의뢰인이 병원에 찾아왔을 때 신었던 신발이 무엇인지 기억하는지를 묻는 경우와 같이 전문인의 단순한 경험과 지식을 묻는 것이라면 변호사와 의뢰인 간의 증언거부의 특권에 의하여 보호하여야 할 이유가 없지만, 변호사 또는 의뢰인의 요청에 의하여 상담과정에서 알게 된 정보나 그에 관한 의견을 묻는 경우에는 변호사와 의뢰인 간의 증언거부의 특권에 의하여 보호하여야 할 필요성이 있다고 이해되고 있다.[108]

마. 증언거부 특권의 예외

미국에서는 변호사와 의뢰인 간의 증언거부의 특권에 의하여 보호되지 않는 다음과 같은 예외가 있다. 첫째는 범죄 목적의 경우로서, 변호사가 의뢰인의 범죄를 돕기 위한 것이라든지 의뢰인이 변호사로부터 구하는 법적 자문이 범죄를 위한 경우에는 증언거부의 특권이 인정되지 않는다.[109] 둘째는 변호사와 교환한 정보 내용의 일부에 대하여 의뢰인이 이미 증언하였거나, 의뢰인이 변호사와 의뢰인의 관계 자체를 법적

---

106) William T. Barker, *Id,* at 18-45; Jeffrey Schacknow, Applying the Common Interest Doctrine to the Third-Party Litigation Funding, *Id,* at 1468.

107) William T. Barker, *Id,* at 25~29면; 윤종행, '변호인과 의뢰인 간의 대화내용에 대한 증언거부권', "법학논총 31 (2)", 2018, 298-299면.

108) Jack H. Friedenthal, Discovery and Use of an Adverse Party's Expert Information, *Id,* at 460~469면; 윤종행, '변호인과 의뢰인 간의 대화내용에 대한 증언거부권', "법학논총 31 (2)", 2018, 299면.

109) 이를 the crime-fraud exception이라고 한다.

쟁점화한 경우, 또는 의뢰인이 변호사의 법적 조언을 자신의 주장이나 방어의 수단으로서 주장하는 경우 등이다.[110] 셋째는 신탁관계에서 수탁자가 신탁과 관련하여 변호사와 교환한 정보 내용에 관하여 수익자(수혜자)에게 증언거부의 특권을 주장하지 못하는 경우가 있다.[111] 넷째는 기업의 경영인이 주주의 이익에 반하게 행동한 경우와 같이 기업의 경영인과 주주 간의 법적 쟁송이 있는 경우에, 경영인이 변호사와 교환한 정보에 관하여 경영인이 주주들에게 변호사와 의뢰인 간 증언거부의 특권을 주장하지 못할 수 있다.[112] 그리고 마지막으로, 위의 "공통이익의 합의이론"에 의하여, 형사사건의 공동피고인이나 민사사건의 공동당사자의 경우와 같이 연합하여 법적 대응을 하는 상황에서, 비록 각각의 의뢰인이 자신의 변호사와 교환한 정보내용을 다른 의뢰인이나 그의 변호사가 알게 된 경우라고 하더라도 증언거부의 특권이 유지된다는 점은, 증언거부 특권이 인정되기 위한 요건에 대한 원칙의 또 다른 예외가 된다.[113]

3. 디지털시대의 증언거부의 특권

오늘날의 첨단과학기술시대에서는 변호사와의 상담이 직접 방문이나 전화상담 이외에도 이메일이나 문자메시지, 또는 온라인 채팅방 등 다양한 형태의 새로운 정보통신매체들이 보편적으로 이용되고 있다.[114] 화상통화, 페이스북(Facebook), 트위터(Twitter), 유튜브(YouTube), 스냅챗(Snapchat), 텍스팅(texting), 링크트인(LinkedIn), 그리고 블로그(blogs) 등과 같은 다양한 형태의 의사소통 수단을 통한 법적 자문의 경우에도,[115] 의뢰인과 변호사간에 법적 자문에 관한 관계가 형성되었는지에 따라 증언거부의 특권이 인정되는지가 결정된다.[116] 이러한 경우에, 법적 조언을 통하여

---

110) 이를 advice of counsel exception이라고 한다.
111) 이를 fiduciary exception이라고 한다.
112) 이를 good cause exception이라고 한다.
113) 이를 common interest 또는 joint defense doctrine이라고 한다. 이상 Robert G. Clyne & Alexander P. Conser, Attorney-Client Privilege and the Admiralty Practitioner in the Twenty-First Centry, 89 Tul. L. Rev, 2015, 1189~1195면 참조; 윤종행, '변호인과 의뢰인 간의 대화내용에 대한 증언거부권', "법학논총 31 (2)", 2018, 300면.
114) Catherine J. Lanctot, Attorney-Client Relationships in Cyberspace: The Peril and the Promise, 49 Duke L.J, 1999, 149~152면.
115) Robert G. Clyne & Alexander P. Conser, Attorney-Client Privilege and the Admiralty Practitioner in the Twenty-First Centry, 89 Tul. L. Rev. 1183, 2015.
116) Carol A. Needham, Splitting Bar Admission into Federal and State Components: National

변호사와 의뢰인 간 법적 자문의 관계가 형성되기 위하여서는, 의뢰인이 변호사로부터 법률서비스를 제공받고자 하는 의사표시를 하였는지, 변호사가 의뢰인에게 법률서비스를 제공하여 주기로 하는 수락의사를 표명하였는지, 그리고 변호사가 법률서비스를 제공하여 줄 것을 의뢰인이 합리적으로 신뢰하고 있다는 것을 변호사가 알았거나 알 수 있는 상황에서, 변호사가 법률서비스 제공에 대한 수락의사가 없음을 표명하지 않았는지[117] 등의 요건 충족을 요한다.[118]

그런데 변호사와 의뢰인 간의 관계 형성으로 인정되기 위하여서는, 원칙적으로 보수 유무와 무관하고, 서면 계약서를 요하지도 않으며, 온라인상의 채팅방이나 웹사이트상이나 이메일 등을 통하여도 이루어질 수 있다.[119] 또한 명시적인 의사의 합치가 없더라도 변호사가 의뢰인이 요구하는 구체적인 법률서비스를 직접 수행하는 경우와 같이 묵시적인 합의를 통한 관계형성으로 인정될 수 있다.[120] 또한 미국에서는 오늘날 전 세계적으로 해킹에 의한 정보의 누설이 만연하고 그 폐해가 심각한 상황에서, 변호사와 의뢰인 간에 나눈 대화내용이 불법적 해킹에 의하여 언론이나 인터넷상에 공개된 경우에 누설된 정보를 법적 쟁송에서 증거로서 활용될 수 있는지, 비록 언론이나 인터넷상에 공개된 정보일지라도, 그러한 정보가 본래 변호사와 의뢰인 간의 법적 자문과정에서 교환한 내용이었는데 해킹을 당한 경우라면 변호사와 의뢰인 간의 증언거부의 특권에 의하여 보호하여야 하는지 등의 문제도 제기되고 있다.[121]

Admission for Advice on Federal Law, 45 U.Kan. L. Rev. 453, 461, 1997.

117) 통상 변호사들은 "법적 자문과 관련하여 변호사에게 책임 없음과 변호사와 의뢰인 간의 관계 형성을 부인하거나 범위를 제한하는 면책 표시(disclaimers to avoid attorney-client relationship or disclaimers to limit the scope of representation)"를 웹사이트 등 온라인상에서 활용하고 있다(Catherine J. Lanctot, Id, at 185~196면).

118) Catherine J. Lanctot, *Id,* at 168~169면; 윤종행, '변호인과 의뢰인 간의 대화내용에 대한 증언거부권', "법학논총 31 (2)", 2018, 301-303면.

119) Catherine J. Lanctot, *Id,* at 170, 174~176면.

120) Catherine J. Lanctot, *Id,* at 170, 179~184면.

121) Anne E. Conroy, *Id,* at 1822면; 윤종행, '변호인과 의뢰인 간의 대화내용에 대한 증언거부권', "법학논총 31 (2)", 2018, 304-306면.

제2절 | EU, 유럽인권재판소 및 유럽사법재판소

EU에 속한 회원국들은 변호사와 의뢰인 간의 증언거부의 특권에 관하여 국내법으로 각각 다르게 규율하고 있다. 대체로 특권을 인정하지만 그 범위와 적용에 있어서는 회원국마다 약간의 차이를 보이고 있다.[122]

그리고 유럽인권재판소와 유럽사법재판소는 주로 대륙법계 전통을 따르고 있음에도, 영미법계의 변호인과 의뢰인 간의 증언거부 특권과 거의 유사한 변호인과 의뢰인 간 의사교환에 대한 비밀유지권을 인정하여 왔는데, 예컨대 유럽인권재판소의 Campbell v. United Kingdom 판결,[123] 유럽사법재판소의 AM & S Europe Limited v Commission of the European Communities,[124] Akzo Nobel Chemicals Ltd and Akcros Chemicals Ltd v. European Commission 판결[125] 등을 들 수 있다. 유럽사법재판소는 위 판결들에서 변호인과 의뢰인 간의 비밀은 공익을 위하여 보호되어야 하고, 그 보호여부가 다투어지는 문서는 봉인되어야 하며, 법원에 의하여 판단될 때까지 유럽 회원국은 이를 읽지 말아야 한다는 점을 강조하였다.[126]

---

122) Ashley N. Ramm, It's the End of Privilege as we know it, and I don't feel fine: The deterioration of the Corporate Attorney-Client Privilege and Work Product Protection in the European Union, United Kingdom, and Germany, 87 U. Cin. L. Rev, 2018, 306~307면.

123) Campbell v United Kingdom, Merits and just satisfaction, App No 13590/88, A/233, [1992] ECHR 41, (1993) 15 EHRR 137, IHRL 2935 (ECHR 1992), 25th March 1992, European Court of Human Rights [ECHR].

124) Judgment of the Court of 18 May 1982. AM & S Europe Limited v Commission of the European Communities. Legal privilege. Case 155/79.

125) Judgment of the Court (Grand Chamber) of 14 September 2010. Akzo Nobel Chemicals Ltd and Akcros Chemicals Ltd v European Commission. Appeal - Competition - Measures of inquiry - Commission's powers of investigation - Legal professional privilege - Employment relationship between a lawyer and an undertaking - Exchanges of e-mails. Case C-550/07 P.

126) 최승재, '제1 발제문: ACP 도입을 위한 법제연구-해외 입법례와 도입방안을 중심으로-', "대한변호사협회 변론권 보장과 변호사의 비밀유지권 토론회", 2016, 191-193면; 한애라, '변호사 비밀유지권 도입 정책토론회', "변호사 비밀유지권 도입 정책 토론회 자료집", 2019, 24면.

제3절 | 영국

미국과 마찬가지로 영국은 전통적으로 변호사와 의뢰인 간의 의사교환 내용에 대하여 증언거부의 특권을 보통법상의 실체법적인 권리로 인정하여 왔는데, 사회정의 및 법치실현을 위한 기본적인 것으로 인식하여 온 것으로 이해되고 있다.[127] 영국(잉글랜드 및 웨일즈)에서는 오래전 엘리자베스 1세 시대부터 판례로 형성되었고, 오늘날에는 민사·형사·행정 사건의 제반 사건에 일반적으로 적용되고 있다. 그리고 이러한 변호사의 특권은 원래 증거법의 원칙으로 출발하였으나 현재는 유럽인권협약에 의하여 보장되는 사생활의 권리의 일부로서 받아들여짐으로써, 기본권적, 실체법적인 권리로 발전하였다.[128] 그런데 미국과 약간의 차이를 보이는 점은 증언거부의 특권을 법적 자문에 관한 것(the legal advice privilege)과 소송에 관한 것(the litigation privilege)으로 나누어, 법적 자문에 관한 것은 법적 분석이나 자문에 관한 것일 것을 요하지만, 소송에 관한 것은 소송을 위하여 준비하고 수집한 것이라면 보다 폭넓게 특권으로서 보호하고 있다는 것이다.[129]

제4절 | 독일

1. 총설

대부분의 EU 국가들과 마찬가지로, 독일은 변호인과 의뢰인 간의 증언거부 특권에

127) 박용철, '변호사가 의뢰인에게 작성해 준 의견서가 압수된 경우 그 의견서의 증거능력', "형사법연구 24 (2)", 2012, 17면.

128) 최승재, '제1 발제문: ACP 도입을 위한 법제연구-해외 입법례와 도입방안을 중심으로-', "대한변호사협회 변론권 보장과 변호사의 비밀유지권 토론회", 2016, 126-129면; 한애라, '변호사 비밀유지권 도입 정책토론회', "변호사 비밀유지권 도입 정책 토론회 자료집", 2019, 18면.

129) Ashley N. Ramm, It's the End of Privilege as we know it, and I don't feel fine: The deterioration of the Corporate Attorney-Client Privilege and Work Product Protection in the European Union, United Kingdom, and Germany, 87 U. Cin. L. Rev, 2018, 310면.

관하여 독자적으로 규율하고 있는데, 독일 법제 하에서는 변호사들은 업무상 지득한 비밀에 관하여 비밀을 유지하여야 한다.[130] 그리고 의뢰인이 변호사에게 제공한 정보는 민·형사 소송에서 증언 의무를 지지 않는다.[131] 또한 의뢰인과 변호사간에 업무상 주고받거나 변호사에게 맡겨진 비밀스런 서류, 문자교환, 또는 문자 등 모든 정보는 압수의 대상이 되지 않는다.[132] 한편 독일에서 회사의 사내변호사와 회사의 소속 직원 간에 교환한 법적 자문에 관하여서도 증언보호의 특권이 주어지는지는 불분명하지만, 2006년의 한 지방법원 판례에서는 사내변호사와 의뢰인 간에 특별한 관계로서 의뢰인이 특정한 사건에 관하여 어떠한 지침을 주거나 단순한 법률적 질문에 대한 답변의 범위를 넘어서는 경우에는 변호인과 의뢰인 간의 증언거부 특권이 인정될 수 있다는 판결을 한 바 있고, 어떤 주에서는 사내변호사와 의뢰인 간에도 제한적으로나마 증언거부 특권을 인정하고 있는 것으로 알려지고 있다. 그리고 2015년의 한 지방법원 판결에서는 회사의 사내변호사가 소속 직원과 나눈 정보교환이 회사를 위한 소송준비를 위한 것으로 인정되는 경우에는 압수대상에서 제외될 수 있다고 판시한 바 있다.[133]

2. 법 규정

독일에서는 여러 법률에서 변호인과 의뢰인 간의 증언거부 특권에 관하여 규율하고 있다. 우선 독일 연방변호사법(Bundesrechtsanwaltsordnung)은 변호사의 기본의무로서 비밀유지의무를 규정하고 있고(제43조 a), 독일 형법 제203조는 의뢰인의 동의 없이는 변호인이 업무상 교환한 정보나 서류를 누설하는 것을 금지하고 있다. 그리고 독일 형사소송법 section 53과 민사소송법 section 383과 142(2)에서 변호사가 업무상 지득한 비밀에 대하여 공개하는 것을 거부할 권리를 인정하고 있다. 그리고 독일 형사소송법 section 97에서는 변호인에게 맡겨져서 변호인이 업무상 보관하고 있는

130) Bundesrechtsanwaltsordnun [BRAO]; Strafprozeßordnung[StPO], § 53(1).
131) Strafprozeßordnung[StPO], § 53(1); Zivilprozeßordnung [ZPO], § 383.
132) Strafprozeßordnung[StPO], § 97.
133) Ashley N. Ramm, It's the End of Privilege as we know it, and I don't feel fine: The deterioration of the Corporate Attorney-Client Privilege and Work Product Protection in the European Union, United Kingdom, and Germany, 87 U. Cin. L. Rev, 2018, 307~309면.

서류는 공개하지 않을 수 있는 권리를 보장하고 있다.

좀 더 구체적으로 살펴보면 다음과 같다. 우선 독일형법 제203조 제1항에서는, "다음 각호의 1에 해당하는 자로서 그에게 위탁되었거나 알게 된 타인의 비밀, 특히 사생활에 속하는 비밀이나 경영상 또는 영업상의 비밀을 권한 없이 누설한 자는 1년 이하의 자유형 또는 벌금형에 처한다."라고 규정하면서 제3호에서 "변호사, 변리사, 공증인, 법적으로 규정된 절차의 변호인, 경영평가사, 회계사, 세무사, 세무대리인 또는 법무법인, 변리회사, 경영평가회사, 회계법인, 세무회사의 기관이나 사원" 등을 포함하고 있다. 그리고 제2a항에서는 "제1항과 제2항에서 규정된 자에게 그 직업적 특성에 의하여 위탁되었거나 그밖에 알게 된 그리고 그로부터 그가 정보보호를 위한 대리인으로서 그의 임무를 수행할 때 알게 되었던, 이 규정이 의미하는 타인의 비밀을 정보보호를 위한 대리인이 권한 없이 누설한 경우에는 제1항과 제2항의 규정이 준용된다."라고 규정함으로써, 변호인의 대리인으로서 의뢰인과의 비밀스런 정보교환 내용을 안 경우에도 이와 같은 비밀누설금지규정이 적용됨을 명시하고 있다.

그리고 동조 제3항에서는 "법무법인의 다른 구성원은 제1항 제3호에 규정된 변호사와 동일하게 본다. 그들의 직업적으로 활동하는 보조자와 그들과 함께 업무의 준비를 위해서 활동하는 자들도 제1항과 본항 제1문에서 규정된 자들과 동일하게 본다. 비밀준수의 의무를 부담하는 자의 사망 이후에 그 사망자로부터 또는 그의 유물로부터 비밀을 알게 된 자도 제1항과 본항 제1문 및 제2문에서 규정된 자들과 동일하게 본다."라고 규정하여, 변호사가 속한 법무법인의 다른 구성원들과 그들의 직업적으로 활동하는 보조자와 그들과 함께 업무의 준비를 위해서 활동하는 자들도 동일하게 적용됨을 규정하고 있다. 또한 비밀준수의 의무를 부담하는 자의 사망 이후에 그 사망자로부터 또는 그의 유물로부터 비밀을 알게 된 자도 같은 비밀유지의무를 부담함을 규정하고 있다.

한편 동조 제4항은 "행위자가 관계인의 사망 후에 그 타인의 비밀을 누설한 경우에도 제1항 내지 제3항이 적용된다."라고 규정하여, 변호사 등의 비밀유지의무는 의뢰인의 사망 이후에도 계속됨을 명시하고 있다. 그리고 동조 제5항은 "행위자가 대가를 받고 행위 하거나 자기 또는 타인의 재산상 이익을 위해서나 타인을 해하기 위해서 행위한 경우에는 2년 이하의 자유형 또는 벌금형에 처한다."라고 규정하여, 대가를

받거나 자기 또는 타인의 재산상 이익을 위해서, 또는 타인을 해하기 위해서 누설한 경우에는 가중처벌하는 규정을 두고 있다.[134]

그리고 독일형사소송법은 변호인과 의뢰인 간의 증언거부 특권에 관하여 다음과

---

134) 독일형법 제203조【사적 비밀의 침해】 ① 다음 각호의 1에 해당하는 자로서 그에게 위탁되었거나 알게 된 타인의 비밀, 특히 사생활에 속하는 비밀이나 경영상 또는 영업상의 비밀을 권한 없이 누설한 자는 1년 이하의 자유형 또는 벌금형에 처한다.
1. 직업의 수행이나 직업표시의 유지를 위하여 국가적으로 규율된 교육을 필요로 하는 의사, 치과의사, 수의사, 약사, 또는 기타 다른 치료직업의 구성원
2. 국가적으로 승인된 학문적 졸업시험을 통과한 직업적 심리학자
3. 변호사, 변리사, 공증인, 법적으로 규정된 절차의 변호인, 경영평가사, 회계사, 세무사, 세무대리인 또는 법무법인, 변리회사, 경영평가회사, 회계법인, 세무회사의 기관이나 사원
4. 가정상담원, 가족상담원, 교육상담원, 청소년상담원 및 관청이나 공법적인 단체, 시설 또는 재단으로부터 승인된 의존성 문제에 관한 상담원

4a. 임신갈등에 관한 법률 제3조와 제8조에 의하여 승인된 상담소의 구성원이나 대리인

5. 국가적으로 승인된 공익근무원 또는 국가적으로 승인된 특수교육교사
6. 사적 의료보험, 손해보험 또는 생명보험의 직원 또는 개인병원이나 변호사 사무소의 수납처 직원

② 다음 각호의 1에 해당하는 자로서 그에게 위탁되었거나 알게 된 타인의 비밀, 특히 개인적 사생활에 속하는 비밀이나 경영상 또는 영업상의 비밀을 권한 없이 누설한 자도 동일하게 처벌된다.
1. 공무원
2. 공적 직무를 위해서 특별히 의무를 부담하는 자
3. 임의대리권에 의하여 임무와 권한이 부여된 자
4. 연방 또는 주 입법기관을 위해서 활동하는 사실조사위원회의 구성원, 그 밖의 입법기관의 구성원이 아닌 위원회 또는 평의회의 구성원, 또는 그러한 위원회나 평의회의 보조인으로서의 구성원
5. 임무의 성실한 충족에 대한 의무가 법률을 근거로 명확하게 부과된 공적으로 임명된 감정인
6. 학술적 연구수행에서 비밀준수 의무의 성실한 충족이 법률을 근거로 명확하게 부과된 자

공적 행정의 임무를 위해서 확보된 타인의 개인적 또는 사실적 관계에 관한 개개의 진술은 제1문의 비밀과 동일하게 본다. 다만 그러한 개개의 진술이 다른 관청 또는 기타 다른 기관에서 공적 행정의 임무를 위해서 알려졌고 법률이 이를 허용하는 한 제1문은 적용되지 아니한다.

②a. 제1항과 제2항에서 규정된 자에게 그 직업적 특성에 의하여 위탁되었거나 그밖에 알게 된 그리고 그로부터 그가 정보보호를 위한 대리인으로서 그의 임무를 수행할 때 알게 되었던, 이 규정이 의미하는 타인의 비밀을 정보보호를 위한 대리인이 권한 없이 누설한 경우에는 제1항과 제2항의 규정이 준용된다.

③ 법무법인의 다른 구성원은 제1항 제3호에 규정된 변호사와 동일하게 본다. 그들의 직업적으로 활동하는 보조자와 그들과 함께 업무의 준비를 위해서 활동하는 자들도 제1항과 본항 제1문에서 규정된 자들과 동일하게 본다. 비밀준수의 의무를 부담하는 자의 사망 이후에 그 사망자로부터 또는 그의 유물로부터 비밀을 알게 된 자도 제1항과 본항 제1문 및 제2문에서 규정된 자들과 동일하게 본다.

④ 행위자가 관계인의 사망 후에 그 타인의 비밀을 누설한 경우에도 제1항 내지 제3항이 적용된다.

⑤ 행위자가 대가를 받고 행위 하거나 자기 또는 타인의 재산상 이익을 위해서나 타인을 해하기 위해서 행위한 경우에는 2년 이하의 자유형 또는 벌금형에 처한다.

같이 규정하고 있다. 독일형사소송법 제53조(직업상 비밀준수자의 증언거부권) 제1항은 “다음 각 호의 하나에 해당하는 자에게는 아래 사실에 대한 증언거부권이 있다.”라고 규정하면서 제2호에서는 “피의자의 변호인의 경우 그 직업상 고백받았거나 알게 된 사실에 대하여”, 그리고 ”제3호에서는 “변호사, 변리사, 공증인, 공인회계사, 선서한 회계감정인 및 세무사, 세무대리인, 의사, 치과의사, 심리치료사, 청소년 심리치료사, 조산원의 경우 그 직업으로 인하여 고백받았거나 알게 된 사실에 대하여”라고 변호사의 증언거부권을 규정하고 있다.

동법 제53조a(직업보조자의 증언거부권)에서는 “① 제53조 제1항 1호 내지 4호에서 언급하고 있는 자들의 보조자 및 그 직업생활을 준비하기 위하여 직업상의 활동에 참여하는 자들 또한 증언거부권과 관련하여 동등한 권리를 갖는다. 이들 보조인들의 증언거부권 행사에 관한 판단은 단시일 내에 그러한 판단이 내려질 수 없다고 예상되는 경우가 아닌 한, 제53조 제1항 1호 내지 4호에서 언급하고 있는 자들이 내린다. ② 비밀준수 의무의 소멸에 관한 규정(제53조 제2항)은 보조인에게도 적용한다.”라고 규정하여, 변호사의 업무상 보조자 및 변호사의 업무활동에 참여하는 자들에게도 증언거부의 특권이 주어짐을 명시하고 있다.[135]

---

135) 독일 형사소송법 제53조(직업상 비밀준수자의 증언거부권) ①다음 각호의 하나에 해당하는 자에게는 아래 사실에 대한 증언거부권이 있다.
1. 성직자의 경우 사제로서의 신분 때문에 고해받았거나 알게 된 사실에 대하여
2. 피의자의 변호인의 경우 그 직업상 고백받았거나 알게 된 사실에 대하여
3. 변호사, 변리사, 공증인, 공인회계사, 선서한 회계감정인 및 세무사, 세무대리인, 의사, 치과의사, 심리치료사, 청소년 심리치료사, 조산원의 경우 그 직업으로 인하여 고백받았거나 알게 된 사실에 대하여 3a. 임신갈등법 제3조 및 제8조에 의해 승인된 상담소의 구성원 또는 그 위임을 받은 자의 경우 그 직업상 고백받았거나 알게 된 사실에 대하여 3b. 관청, 단체 또는 공법상의 시설이나 재단으로 인가되었거나 이러한 조직에 부설된 마약중독자 상담소의 상담원의 경우 직업상 고백 받았거나 알게 된 사실에 대하여
4. 연방하원의 의원, 연방총회의 구성원, 유럽의회의 독일연방공화국 의원 또는 주의회 의원으로서 이 기관 구성원으로 신분으로 인하여 일정 사실을 고백받은 경우 그러한 고백을 한 자 및 그 사실 자체에 대하여
5. 인쇄물, 방송, 영화 또는 정보제공이나 의사형성에 기여하는 정보 및 커뮤니케이션 서비스의 준비, 제작 또는 유포에 직업상으로 관여하거나 관여했던 자. 제1문 5호에 언급한 자는 저작물 또는 방송물의 저자나 방송전파자 또는 기타 정보제공자의 신상 및 자신의 활동과 관련하여 행한 통보와 그 내용 그리고 직접 처리한 자료의 내용 및 직업과 관련하여 지각하게 된 대상에 관하여 증언을 거부할 수 있다.

②제1항 2호 내지 3호b에 언급된 자들의 경우 비밀준수 의무가 해소된 때에는 증언을 거부할 수 없다. 제1항 제1문 5호에 언급된 자들의 경우 진술이 범죄수사에 기여하거나 수사대상이 이하 각 1호에 해당하고 사안에 대한 수사나 피의자의 소재지의 확인이 다른 방식으로는 가망성이 없거나 현저한 난관에 부딪히는 경우에는 자신이 직접 처리한 자료의 내용과 그에 따라

독일 형사소송법 제97조(압수금지대상) 제1항에서는 “다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우는 압수의 대상이 되지 않는다.”라고 규정하면서, 제2호와 제3호에서 피의자와 변호사 등이 나눈 서면교신, 업무관련 기록 등에 대한 압수가 금지됨을 명시하고 있다.[136]

지각하게 된 대상일지라도 그에 대해 증언을 거부할 권리가 배제된다.

1. 평화위반과 민주적 법치국가에 대한 위해 또는 반역과 국가안전에 대한 위해에 해당하는 범죄(형법 제80조a, 제85조, 제88조, 제95조 및 제97조b와 결부시켜 제97조a, 제98조 내지 제100조a)
2. 형법 제174조 내지 제176조, 제179조에 따른 성적 자기결정권을 침해하는 범죄 또는
3. 형법 제261조 제1항 내지 제4항에 따른 불법적으로 취득한 재화를 은닉하기 위한 금전세탁 그러나 이러한 경우에도 증인은 자신의 진술이 저작물 또는 방송물의 저자나 방송전파자나 기타 정보제공자의 신상 또는 자신의 활동과 관련하여 제1항 제1문 5호에 따른 통보나 그 내용을 공개하는 결과를 낳을 때에는 진술을 거부할 수 있다.

제53조a(직업보조자의 증언거부권) ①제53조 제1항 1호 내지 4호에서 언급하고 있는 자들의 보조자 및 그 직업생활을 준비하기 위하여 직업상의 활동에 참여하는 자들 또한 증언거부권과 관련하여 동등한 권리를 갖는다. 이들 보조인들의 증언거부권행사에 관한 판단은 단시일 내에 그러한 판단이 내려질 수 없다고 예상되는 경우가 아닌 한, 제53조 제1항 1호 내지 4호에서 언급하고 있는 자들이 내린다.

②비밀준수 의무의 소멸에 관한 규정(제53조 제2항)은 보조인에게도 적용한다.

136) 제97조(압수금지대상) ①다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우는 압수의 대상이 되지 않는다.

1. 피의자와 제52조 또는 제53조 제1항 1호 내지 3b호에 의해 증언을 거부할 수 있는 자 사이의 서면교신
2. 제53조 제1항 1호 내지 3b호에 열거된 자들에게 피의자가 신뢰하여 알린 내용이나 증언거부권이 미치는 기타 사정에 관하여 이들이 행한 기록
3. 제52조 제1항 1호 내지 3b호에 열거된 자들의 증언거부권이 미치는 의학적 진단결과를 포함한 기타 대상

②이러한 제한은 증언거부권자가 대상을 소지하고 있는 때에만 적용된다. 다만 사회법 제5권 제291조a가 의미하는 전자의료보험카드는 소지 여부와 관계없이 압수할 수 없다. 의사, 치과의사, 심리치료사, 아동 및 청소년심리치료사, 약사, 조산사의 증언거부권에 해당하는 대상이 상기 직업인들을 위해 개인 신상과 관련된 정보를 처리 또는 이용한 병원이나 기타 용역기관에 보관된 경우 이를 압수할 수 없으며, 제53조 제1항 3호a 및 3호b에 열거된 자의 증언거부권에 해당하는 대상이 당해 규정에 언급된 상담소에 보관된 경우에도 압수할 수 없다. 그러나 증언거부권자가 공범의 혐의 또는 증거인멸, 범인은닉이나 장물취득의 혐의가 있을 경우 또는 해당하는 대상이 범죄행위의 결과이거나 범죄행위를 위하여 사용되었거나 사용하기 위한 것인 경우 또는 범죄행위와 관련된 것인 경우에는 압수의 제한이 적용되지 않는다.

③제53조 제1항 제1문 3a호와 3b호에 언급한 자들의 보조인(제53조a)이 증언을 거부할 수 있다면, 이에 대해서는 제1항과 제2항을 준용한다.

④제53조 제1항 제1문 4호에 언급한 자의 증언거부권이 미치는 범위내에서는 목적물의 압수는 허용되지 않는다. 당해 압수금지는 제53조 제1항 제1문 4호에 언급한 자들이 그 보조인(제53조a)에게 맡긴 목적물에 대해서도 적용된다. 제53조 제1항 제1문 4호에 언급한 자들의 보조인 (제53조a)이 증언거부권을 갖는 경우에는 제1문을 준용한다.

⑤제53조 제1항 제1문 5호에 열거된 자들의 증언거부권과 관련되는 한, 이들 또는 편집국, 출판사, 인쇄소 또는 방송시설에 보관되어 있는 문서, 음향기록장치, 영상기록장치, 데이터기록장치, 도화 또는 기타 표현물에 대한 압수는 허용되지 않는다. 제2항 제3문과 제160조a 제4항 제2문을 준용한다. 그러나 이 경우에도 기본법 제5조 제1항 제2문에 따른 기본권을 고려할

우리나라는 압수거부권과 증언거부권에서 압수 또는 증언거부의 대상에 대한 문언이 약간 다르나 독일의 경우 압수거부권 규정이 증언거부권 규정과 연계하여 상세한 규정을 두고 있는 것이 특징이다. 즉 독일 형사소송법 제97조의 압수거부권은 수사기관이 서면에 기재된 내용을 알게 됨으로써 결과적으로 의사, 변호사 등의 증언거부권이 무력화되는 것을 방지하려는 취지이다.[137] 다만 제97조 제2항 3문에 따라 증언거부권자가 공범의 혐의 또는 증거인멸, 범인은닉이나 장물취득의 혐의가 있을 경우 또는 해당하는 대상이 범죄행위의 결과이거나 범죄행위를 위하여 사용되었거나 사용하기 위한 것인 경우 또는 범죄행위와 관련된 것인 경우에는 압수의 제한이 적용되지 않는다. 그리고 증언거부권과 압수거부권의 대상을 살펴보면, 증언거부권의 경우 '변호사가 그 직업으로 인하여 고백받았거나 알게 된 사실'을 대상으로 하여, 특별히 그 정보나 비밀의 방식이나 방향을 제한하고 있지 않다. 압수거부권의 경우, 변호사 등 증언거부권자가 의뢰인으로부터 위탁받아 보관하는 물건뿐만 아니라 의뢰인과의 서면교신, 피의자가 업무상 신뢰관계 하에 변호사 등에게 알린 내용이나 변호사 등이 업무와 관련하여 작성한 기록 또한 압수거부권의 대상이 됨을 알 수 있다.[138]

한편 증언거부권을 행사할 수 있을 것으로 예상되는 자에 대한 압수 및 이들이 증언거부를 할 수 있을 것으로 예상되는 내용을 획득하고자 하는 수사방법에 대하여는 독일 형사소송법 제160a조가 별도의 규정을 두고 있는데,[139] 변호사 등 증언거부

때 물건이 갖는 의미에 비추어 비례성에 반하지 않고, 사안에 대한 수사 또는 범인의 소재지 확인이 불가능하거나 현저하게 어려워질 것으로 예상될 때에는 압수가 허용된다.

137) 김주석, '압수·수색 절차의 개선방안에 관한 연구', "사법정책연구원", 2016, 156면.

138) 독일 형사소송법 제97조 제1항 제1, 2; 한애라, '변호사 비밀유지권 도입 정책토론회', "변호사 비밀유지권 도입 정책 토론회 자료집", 2019, 19면.

139) 독일형사소송법 제160a조(증언거부권이 있는 경우의 수사처분)
① 제53조 제1항 1호, 2호 또는 4호에 언급된 자, 변호사, 연방변호사법 제206조에 따라 변호사 협회에 가입된 자, 변호사자격이 없지만 법률서비스법에 따라 예외적으로 소송대리가 허용된 자에 대한 수사 또는 이러한 자들이 증언거부를 할 수 있을 것으로 예상되는 내용을 획득하고자 하는 수사방법은 허용되지 아니한다. 이를 통해 인식한 내용이 있다고 할지라도 그러한 내용을 수사에 이용할 수 없다. 이러한 내용을 기재한 서류 등도 즉시 폐기하여야 한다. 이러한 내용의 확보 및 그 기록에 대한 폐기 사실은 문서로 작성하여야 한다. 제1문에 해당하는 자를 대상으로 하지 않는 수사처분을 통해 제1문에 해당하는 자들이 증언을 거부할 수 있는 내용을 획득한 때에도 제2문 내지 제4문을 준용한다.
④ 특정한 사실에 비추어 증언거부권이 있는 사람이 범죄행위의 공범이거나 범죄비호죄, 범인은닉죄 또는 장물죄의 형태로 범죄행위에 관여했다는 혐의가 있을 때에는 제1항 내지 제3항을 적용하지 않는다. 범죄행위가 친고죄이거나 권한위임이 있는 경우에만 소추가 가능한 범죄인 경우 제53조 제1항 제1호 내지 제5호에 해당하는 사례와 관련하여 고소가 제기되거나 권한이 위임된 즉시 그리고 그 범위 내에서만 제1문을 적용한다.

권자에 대한 수사 또는 이러한 자들이 증언거부를 할 수 있을 것으로 예상되는 내용을 획득하고자 하는 수사방법은 허용되지 아니한다. 또한 이러한 수사를 통하게 인식하게 된 내용을 수사에 이용할 수도 없으며, 이러한 내용을 기재한 서류 등도 즉시 폐기하고 이를 기록에 남기도록 하고 있다. 단 제97조 제2항 3문에 해당하는 경우(변호사 자신이 당해 혐의범죄의 피의자나 피고인인 경우 등)에는 압수가 가능하다.

제5절 | 프랑스

프랑스에서 지역 변호사 협회에 등록된 변호사와 의뢰인 간의 업무상 비밀대화 내용은 형법에 의하여 보호되는데, 시간의 제한 없이 누설이 금지된다. 여기서 대화 내용은 구두에 의한 것이든 문자에 의한 것이든 구분하지 않는다. 그러나 변호사가 외국의 변호사와 나눈 경우라든가, 사내변호사와 나눈 내부적 의견교환 내용은 보호되지 않는다. 그리고 의뢰인은 변호사의 업무상 비밀유지의무를 면제할 수 없지만, 의뢰인 스스로는 업무상 비밀대화 내용을 자유로이 공개하거나 누설할 수 있다.[140]

프랑스에서 변호인과 의뢰인 간의 증언거부 특권에 관한 법률 규정을 살펴보면 다음과 같다. 프랑스에서 변호인과 의뢰인 간의 증언거부 특권은 "업무상의 비밀"(le secret professionnel)로 보호되어 오고 있는데, 우선 프랑스 형법 제4절 비밀침해의 장에서, 직업상의 비밀침해에 관하여 규정하고 있는데, 제226-13조【비밀의 누설】에서, "신분 또는 직업상의 이유에 의하거나 직무 또는 일시적 임무로 인하여 비밀을 보유하는 자가 이를 누설하는 때에는 1년의 구금형 및 15,000유로의 벌금에 처한다." 라고 업무상비밀누설죄에 관한 일반 규정을 두고 있다. 그리고 제226-14조【적용제외】에서는 업무상 지득한 비밀스런 정보를 누설하여도 업무상비밀누설죄가 성립하지 않는 예외 규정을 두고 있다.[141]

---

⑤ 제97조와 제100조c 제6항은 이에 영향을 받지 아니한다.

140) Lista M. Cannon, Comparative Approaches to the Attorney-Client Privilege in the US, Canada, UK & EU, 8 Sedona Conf. J, 2007, 126면.

141) 제226-13조【비밀의 누설】신분 또는 직업상의 이유에 의하거나 직무 또는 일시적 임무로 인하여 비밀을 보유하는 자가 이를 누설하는 때에는 1년의 구금형 및 15,000유로의 벌금에 처

그리고 19세기부터 프랑스에서 자유로운 방어권의 행사의 일환으로 인정되어 온 변호사의 업무상 비밀의 보장의 범위에 관하여서 논란이 되어 오다가, "일정한 재판·법률 관련 직업의 개혁에 관한 1971년 12월 31일법"(법 71-1130 호)의 개정법률인 1997년 4월 7일법(법 97-308 호) 제66-5조가 이를 명기함으로써 업무상 비밀의 보호의 범위를 명확히 하였다. 동법 제66-5조는 변호사와 의뢰인 간의 의사교환은 그것이 단순한 법률상담이든 소송상 방어준비 차원이든 불문하고 모두 업무상 비밀로서 보호대상이 된다고 규정하고 있는데, 상담 업무 또는 방어에 관한 업무를 불문하고 의뢰자의 변호사에 대한 자문의뢰 및 조언, 의뢰인과 변호사 사이의 통신, 변호사 간의 통신, 회의 기록, 기타 일반적으로 그 건에 관한 서면 등은 모두 업무상 비밀의 보호 대상이 된다.[142]

그리고 프랑스 정부의 위임에 따라 Le Conseil National des Barreaux (CNB, 전국변호사협회)가 정하고 프랑스 정부가 2007. 8. 11. 결정, 채택한 전국변호사직무규정(Règlement Intérieur National) 제2.1조~제2.3조에도 변호사와 의뢰인 간의 의사교환이 직업의 비밀로서 보호됨을 명시하면서 비밀유지권의 인정요건과 범위에 관하여 매우 상세하게 규정하고 있다.[143]

그런데 프랑스법상 변호사의 비밀유지권은 '의무'의 측면뿐만 아니라 변호사와 의

한다.

제226-14조【적용제외】① 법률상 비밀의 공표가 강제 또는 허가되는 경우에는 제226-13조는 적용하지 아니하며, 다음 각 호의 자에 대하여도 이를 적용하지 아니한다.

1. 15세미만의 미성년자, 연령 또는 신체적이나 정신적인 여건 때문에 자기의 몸을 보호할 수 없는 자에 대한 학대 또는 미보호의 사실을 알고 사법, 의료 또는 행정당국에 대하여 이를 통보한 자
2. 업무수행 중에 신체 또는 정신상 확인한 것으로 여하한 신체적, 성적 또는 정신적 폭행을 추정케 하는 학대 또는 미보호 행위를 피해자의 동의를 얻은 뒤 지방검찰청 검사장에게 통보한 의사. 단 피해자가 미성년이거나 연령 또는 신체적이나 정신적인 여건 때문에 자기의 몸을 보호할 수 없는 자의 경우에는 피해자의 동의를 필요로 하지 않는다.
3. 자신과 상담한 사람으로서 무기를 보유하고 있음을 알거나 그것을 구입하려는 의도를 표출한 자의 본인 또는 타인에 대한 위험한 성격을 도지사 및 파리의 경우에는 파리경찰청장에게 통지한 보건 또는 사회활동의 직업인

② 본조의 요건 하에서 권한 있는 당국에 행해진 신고는 어떠한 징계의 대상이 될 수 없다.〈2007.03.05. 개정, 법률2007-297〉

142) Les cahiers du Conseil National des Barreaux, THE LEGAL English Version PROFESSION IN FRANCE, May 2014. 참조; 한애라, '변호사 비밀유지권 도입 정책토론회', "변호사 비밀유지권 도입 정책 토론회 자료집", 2019, 22면.

143) 한애라, '변호사 비밀유지권 도입 정책토론회', "변호사 비밀유지권 도입 정책 토론회 자료집", 2019, 23면.

뢰인이 변호사와 의뢰인 사이의 통신의 비밀을 침해받지 아니할 자유라는 권리의 측면도 가진 것으로 해석하는 것이 학설과 판례의 일반적 입장이다. 또한 변호사와 의뢰인 간의 업무상 비밀대화 내용의 보호는 압수수색 시 엄격하게 보호되어야 한다는 것이 프랑스 법원의 입장인데, 변호사 보관 문서의 압수에 대한 재항고 결정에서 다음과 같이 판단한 바 있다. 프랑스 경쟁법 집행당국(Autorité de la concurrence)이 영장에 기하여 피조사자인 회사에서 문서 및 이메일 등을 압수하였고, 위 영장발부 결정에 대하여 항고가 제기되었는데, 항고법원은, 압수된 문서에 변호사와 의뢰인 사이의 의사교환 내용이 포함되어 있었던 것은 사실이나 경쟁법 집행당국이 압수한 문서 자체는 반환하고 단지 그 사본을 보관한 것에 지나지 않으므로 압수절차를 무효로 할 정도의 위법이라고 볼 수 없다고 판단하였다. 그러나 재항고심인 파기원은 2013. 4. 24. 결정에서 위 항고심 결정을 일부 파기하였는데, 경쟁법 집행당국 관계자가 서류 및 컴퓨터 미디어를 압수할 권한이 있다고 하더라도, 그 권한은 자기방어권의 원칙과 변호사와 의뢰인 간의 의사교환에 대한 비밀보호 원칙에 의하여 제한되며, 업무상 비밀 보호의 원칙에 의하여 조사관이 서류에 대한 압수를 개시한 시점부터 바로 압수는 무효라고 판단하였다.[144]

제6절 | 네덜란드

네덜란드 민사소송법 제843조에 의하면, 종교인, 의사, 공증인 등과 마찬가지로 변호사가 업무상 지득한 비밀스런 정보 등은 공개를 강요할 수 없고, 변호사 업무지침(The Professional Conduct Rules of the Bar)에 의하면 의뢰인의 동의 없이는 업무상 지득한 비밀사항에 대하여 증언하는 것을 금지하고 있다. 다만, 의뢰인은 변호사가 자신의 특정한 비밀정보를 법정에서 사용할 것을 허락할 수 있다. 그런데 네덜란드의 절차법은 제한된 범위에서 특정한 서류를 공개하는 것을 법원이 명령하는 특별한

144) 한애라, '변호사 비밀유지권 도입 정책토론회', "변호사 비밀유지권 도입 정책 토론회 자료집", 2019, 23-24면.

규정을 포함하고 있다.[145]

제7절 | 벨기에

벨기에 형법 제458조에 의하며, 변호사협회에 등록된 변호사는 법정절차에서 증거를 제출할 것을 요구받거나, 지득한 정보를 공개할 것이 요구되는 경우가 아닌 한, 업무상 지득한 비밀에 관하여서는 누설할 수 없다. 그리고 변호사가 비밀로 분류한 것이라면 의뢰인도 변호인의 동의 없이는 공개할 수 없다. 그러나 이전에 변호사가 비밀이 아닌 것으로 분류한 것은 법정에서 사용될 수 있다. 벨기에 변호사들 간에 주고받은 정보도 기본적으로 비밀로 보호되지만,[146] 어떤 정보들은 공적(official)인 것으로 분류될 수 있고 법정에서 사용될 수 있다.[147]

제8절 | 스웨덴

스웨덴에서도 제한적인 범위에서 법률가의 증언거부의 특권이 인정되고 있다. 이러한 특권은 스웨덴 소송절차법(Swedish Procedural Code)이 에서 규정하고 있는 증언의무에 대한 예외이다. 스웨덴 변호사협회에 등록된 변호사와 이들의 보조자들은 증언거부의 특권이 인정되어, 업무상 지득한 비밀로서 보호된다.[148] 그러나 송무변호사가 아닌 변호사(non-advocate trial lawyers)에게는 특권의 인정이 제한적인데, 특권은 오직 소송준비를 위한 비밀스런 의사교환 내용에 대하여서만 인정된다.[149]

---

145) Lista M. Cannon, Comparative Approaches to the Attorney-Client Privilege in the US, Canada, UK & EU, 8 Sedona Conf. J. 2007, 127면.
146) Judicial Code 제444조
147) Lista M. Cannon, *Comparative Approaches to the Attorney-Client Privilege in the US, Canada, UK & EU,* 8 Sedona Conf. J. 2007, 128면.
148) Swedish Procedural Code, section 5, 제36장.
149) Lista M. Cannon, Comparative Approaches to the Attorney-Client Privilege in the US,

제9절 | 스페인

스페인 변호사협회에 등록된 변호사는 업무상 지득한 비밀을 지켜야 하고,[150] 이는 스페인 변호사 직무법에서도 규율하고 있다.[151] 그리고 의뢰인이 보유하고 있는 서류들도 비밀로 보호되며 수사기관에 공개할 필요가 없다.[152]

제10절 | 캐나다

캐나다에서도 변호인과 의뢰인 간의 증언거부 특권은 단순한 증거법 규칙을 넘어 '권리와 자유의 캐나다 헌장' 제7조에 따라 보호되는 기본적인 정의의 원칙의 하나로 자리매김하고 있다. 2002년 캐나다 연방대법원의 Lavallee, Rackel & Heintz v. Canada (Attorney General) 판결은 한 법률사무소에 대한 압수·수색 사건에서, 형법 488.1조가 압수·수색에 대한 절차적 보장을 충분히 보장하지 못함으로써 '권리와 자유의 캐나다 헌장' 제8조의 위반이라고 판단하였는데,[153] 캐나다 연방대법원은 이후에도 Lavellee 판결을 거듭 인용하면서, 변호인과 의뢰인 간의 증언거부 특권은 캐나다의 사법 제도가 제대로 작동하기 위한 필수적인 권리임을 확인하여 왔다.[154]

Canada, UK & EU, 8 Sedona Conf. J. 2007, 128면.

150) Law of Judicial Authority 제 542조.

151) Spanish Professional Conduct Code, and General Statute for Spanish Lawyers.

152) Lista M. Cannon, Comparative Approaches to the Attorney-Client Privilege in the US, Canada, UK & EU, 8 Sedona Conf. J. 2007, 128면.

153) Hamish Stewart, The Principles of Fundamental Justice and s. 488.1 of the Criminal Code, Criminal Law Quarterly 45, 2001, 233-248면.

154) 한애라, '변호사 비밀유지권 도입 정책토론회', "변호사 비밀유지권 도입 정책 토론회 자료집", 2019, 18면.

제11절 | 일본

일본은 우리나라와 마찬가지로 변호사의 의뢰인 간의 증언거부의 "특권"에 관한 명문규정이 없으나, 민사·형사소송절차, 중재 등 재판외분쟁해결 절차, 심지어 행정절차 등에 있어서 변호사 의뢰인 간의 대화 내용의 비밀은 보호되어야 한다는 것이 일반적인 학계 및 실무의 입장이다. 그런데 최근 일본에서는 이러한 소위 "비닉특권"의 대상과 범위를 명확히 하고 확대하여야 한다는 논의가 일본변호사연합회를 중심으로 활발하게 전개되고 있다.[155]

변호사의 의뢰인 간의 증언거부의 특권과 관련하여 규정하고 있는 일본의 법규정을 살펴보면, 우선 형법 제134조, 변호사법 제23조, 변호사직무기본규정 제23조 등에서 변호사는 의뢰인과의 통신의 비밀을 지킬 의무가 있음을 규정하고 있다. 또한 민사소송법, 형사소송법에서 변호사의 증언거부권, 압수거부권 등을 규정하고 있다(민사소송법 제197조 제1항 제2호, 제220조 제4호 하목, 형사소송법 제105조, 제149조). 또한 형사소송법 제39조 제1항에서 변호사와의 상담의 비밀을 일정 범위에서 보장하고 있다.

좀 더 자세히 살펴보면, 일본 형사소송법은 변호인과 의뢰인 간의 증언거부권과 관련하여 다음과 같이 규정하고 있다. 동법 제105조는 "의사, 치과의사, 조산사, 간호사, 변호사(외국법사무변호사를 포함), 변리사, 공증인, 종교의 직에 있는 자 또는 이들 직에 있던 자는 업무상 위탁을 받아 보관 또는 소지하는 물건으로서 타인의 비밀에 관한 것에 대하여는 압수를 거부할 수 있다. 단 본인이 승낙한 경우, 압수의 거절이 피고인만을 위하여 하는 권리의 남용이라고 인정되는 경우 (피고인이 본인인 경우를 제외) 기타 재판소의 규칙으로 정한 사유가 있는 경우에는 그러하지 아니하다."라고 규정하고 있다. 그리고 동법 제149조는 "의사, 치과의사, 조산사, 간호사, 변호사(외국법사무변호사를 포함한다)· 변리사, 공증인, 종교의 직에 있는 자 또는 이러한 직에 있던 자는 업무상 위탁을 받아 알게 된 사실로서 타인의 비밀에 관한

155) 한애라, '변호사 비밀유지권 도입 정책토론회', "변호사 비밀유지권 도입 정책 토론회 자료집", 2019, 24면.

것에 대하여는 증언을 거부할 수 있다. 단 본인이 승낙한 경우, 증언의 거부가 피고인만을 위하여 행하여지는 권리의 남용이라고 인정되는 경우(피고인이 본인인 경우를 제외)와 기타 재판소의 규칙에 규정된 사유가 있는 경우에는 그러하지 아니하다."라고 규정하고 있다.

그런데 민사소송법상의 증언거부권(민사소송법 제197조 제1항 제2호) 및 문서제출거부권(민사소송법 제220조 제4호 하목)과 관련하여, 그 대상에 관하여 법규정상 명시적인 제한이 없으므로 변호사가 소지하고 있는 문서뿐만 아니라 의뢰인 등 변호사 외의 제3자가 소지하고 있는 문서에 대해서도 문서제출을 거부할 수 있다고 해석할 수 있다는 것이 유력한 학설이지만, 아직 이에 관한 확립된 판례는 없는 상황이다. 또한 증언거부권의 경우 변호사는 증언을 거부할 수 있으나 의뢰인은 증언을 거부할 수 없다고 보는 견해가 다수설이나, 일본변호사협회는 이에 대하여 강하게 비판하는 입장이다. 일본변호사협회는 형법, 형사소송법, 변호사법 등의 비밀유지의무, 증언거부권, 비밀누설죄 등의 조항 외에 명시적으로 '변호사와의 상담 내용을 비밀로 할 의뢰인의 권리'에 관한 조항을 신설할 것을 주장하고 있다. 특히 다국적 기업이 여러 나라에서 동시에 반독점사건으로 조사를 받을 경우, 서구 각국에서는 변호사와 의뢰인 간의 증언거부의 특권을 보장받는 반면 일본에서는 충분한 보장을 받지 못함으로써 변호사로부터 조력을 받을 의뢰인의 권리가 침해되는 결과가 초래되고 있으므로, 일본에서도 국제기준에 부합하게 변호사와 의뢰인 간의 증언거부의 특권을 인정하여야 한다는 강한 주장이 제기되고 있다.[156]

156) 한애라, '변호사 비밀유지권 도입 정책토론회', "변호사 비밀유지권 도입 정책 토론회 자료집", 2019, 25~26면.

제12절 | 우리나라

1. 법 규정

변호사와 의뢰인 간의 증언거부권과 관련한 우리나라의 법 규정은 다음과 같다. 우선 형법 제317조(업무상비밀누설)에서, "①의사, 한의사, 치과의사, 약제사, 약종상, 조산사, 변호사, 변리사, 공인회계사, 공증인, 대서업자나 그 직무상 보조자 또는 차등의 직에 있던 자가 그 직무처리중 지득한 타인의 비밀을 누설한 때에는 3년 이하의 징역이나 금고, 10년 이하의 자격정지 또는 700만원 이하의 벌금에 처한다. ②종교의 직에 있는 자 또는 있던 자가 그 직무상 지득한 사람의 비밀을 누설한 때에도 전항의 형과 같다."라고 규정하고 있다. 그리고 변호사법 제26조(비밀유지의무 등)에서는 "변호사 또는 변호사이었던 자는 그 직무상 알게 된 비밀을 누설하여서는 아니 된다. 다만, 법률에 특별한 규정이 있는 경우에는 그러하지 아니하다."라고 규정하고 있다. 그리고 형사소송법 제112조(업무상비밀과 압수)는 "변호사, 변리사, 공증인, 공인회계사, 세무사, 대서업자, 의사, 한의사, 치과의사, 약사, 약종상, 조산사, 간호사, 종교의 직에 있는 자 또는 이러한 직에 있던 자가 그 업무상 위탁을 받아 소지 또는 보관하는 물건으로 타인의 비밀에 관한 것은 압수를 거부할 수 있다. 단, 그 타인의 승낙이 있거나 중대한 공익상 필요가 있는 때에는 예외로 한다."라고 규정하고 있다. 또한 동법 제149조(업무상비밀과 증언거부)는 "변호사, 변리사, 공증인, 공인회계사, 세무사, 대서업자, 의사, 한의사, 치과의사, 약사, 약종상, 조산사, 간호사, 종교의 직에 있는 자 또는 이러한 직에 있던 자가 그 업무상 위탁을 받은 관계로 알게 된 사실로서 타인의 비밀에 관한 것은 증언을 거부할 수 있다. 단, 본인의 승낙이 있거나 중대한 공익상 필요가 있는 때에는 예외로 한다."라고 규정하고 있다. 또한 민사소송법 제315조(증언거부권)에서는 "① 증인은 다음 각호 가운데 어느 하나에 해당하면 증언을 거부할 수 있다. 1. 변호사·변리사·공증인·공인회계사·세무사·의료인·약사, 그 밖에 법령에 따라 비밀을 지킬 의무가 있는 직책 또는 종교의 직책에 있거나 이러한 직책에 있었던 사람이 직무상 비밀에 속하는 사항에 대하여 신문을 받을 때 2. 기술 또는

직업의 비밀에 속하는 사항에 대하여 신문을 받을 때 ② 증인이 비밀을 지킬 의무가 면제된 경우에는 제1항의 규정을 적용하지 아니한다."

따라서 우리나라에서 헌법상 명문으로 규정한 변호인의 조력을 받을 권리, 변호인의 진술거부권과 압수거부권 등에 관한 법 규정 등의 체계적 해석에 따를 때, 형사절차에서 피의자·피고인의 인권을 보장하고 당사자주의 소송구조에서 변호인의 조력을 받을 권리가 실질적으로 보장되기 위하여서는, 우리나라의 현행법 체계 하에서도 영미법 전통의 '변호사와 의뢰인 간 증언거부의 특권'이 인정된다고 봄이 타당할 것이다.[157]

2. 판례의 입장

우리나라에서도 변호사와 의뢰인 간 증언거부의 특권이 서구 여러 나라에서 인정하고 있는 정도로 인정되고 있는지에 대하여 분명히 밝힌 판례는 찾아보기 어렵다. 다만 대법원 판례 중에서 변호사와 의뢰인 간의 정보교환 내용에 대하여 증언을 거부하였을 경우는 전문법칙의 예외 요건으로서의 형사소송법 제314조에서 규정하고 있는 "원진술자가 진술할 수 없을 때"에 해당하지 않으므로, 결국 형사소송법 제313조 제1항에서 규정하고 있는 전문법칙의 예외요건을 충족하지 못하므로 증거능력을 인정할 수 없다는 대법원 전원합의체 판례가 있다.[158]

---

157) 박용철, '변호사가 의뢰인에게 작성해 준 의견서가 압수된 경우 그 의견서의 증거능력', "형사법연구 24 (2)", 2012, 358-359면; 송시섭, '변호사 법률의견서의 증거능력', "동아법학 58", 2013, 411면도 우리나라 형법과 형사소송법의 해석상 변호사-의뢰인 간의 특권을 인정하는 것이 가능하다고 보고 있다. 윤종행, '변호인과 의뢰인 간의 대화내용에 대한 증언거부권', "법학논총 31 (2)", 2018, 308면.

158) 대법원 2012. 5. 17. 선고 2009도6788 전원합의체 판결. 갑 주식회사 및 그 직원인 피고인들이 정비사업전문관리업자의 임원에게 갑 회사가 주택재개발사업 시공사로 선정되게 해 달라는 청탁을 하면서 금원을 제공하였다고 하여 구 건설산업기본법(2011. 5. 24. 법률 제10719호로 개정되기 전의 것) 위반으로 기소되었는데, 변호사가 법률자문 과정에 작성하여 갑 회사 측에 전송한 전자문서를 출력한 '법률의견서'에 대하여 피고인들이 증거로 함에 동의하지 아니하고, 변호사가 원심 공판기일에 증인으로 출석하였으나 증언할 내용이 갑 회사로부터 업무상 위탁을 받은 관계로 알게 된 타인의 비밀에 관한 것임을 소명한 후 증언을 거부한 사안에서, 위 법률의견서는 압수된 디지털 저장매체로부터 출력한 문건으로서 실질에 있어서 형사소송법 제313조 제1항에 규정된 '피고인 아닌 자가 작성한 진술서나 그 진술을 기재한 서류'에 해당하는데, 공판준비 또는 공판기일에서 작성자 또는 진술자인 변호사의 진술에 의하여 성립의 진정함이 증명되지 아니하였으므로 위 규정에 의하여 증거능력을 인정할 수 없고, 나아가 원심 공판기일에 출석한 변호사가 그 진정성립 등에 관하여 진술하지 아니한 것은 형사소송법 제149조에서 정한 바에 따라 정당하게 증언거부권을 행사한 경우에 해당하므로 형사소송

그러나 이 판례가 당해 사건의 제1심과 2심 법원에서 주장한 바 있는, 변호사와 의뢰인 간의 정보교환 내용에 대하여 서구 제국에서 인정하고 있는 증언거부의 특권에 근거하여 증거능력을 배척한 것이 아니라, 전문법칙의 예외 요건을 충족하지 못한 데서 근거하고 있다고 본 점은 타당하지 않다고 본다. 헌법재판소는 "조언과 상담을 통하여 이루어지는 변호인의 조력자로서의 역할은 변호인선임권과 마찬가지로 변호인의 조력을 받을 권리의 내용 중 가장 핵심적인 것이고, 변호인과 상담하고 조언을 구할 권리는 변호인의 조력을 받을 권리의 내용 중 구체적인 입법형성이 필요한 다른 절차적 권리의 필수적인 전제요건으로서 변호인의 조력을 받을 권리 그 자체에서 막바로 도출되는 것이다"라고 판시한 바 있다.[159] 대법원도 "헌법상 보장되는 '변호인의 조력을 받을 권리'는 변호인의 '충분한 조력'을 받을 권리를 의미한다"라고 판시한 바 있다.[160] 그런데 변호사와 의뢰인과의 정보교환 내용에 대하여 증언거부권을 인정하는 것은 헌법과 형사소송법이 정한 핵심사항으로서의 "변호인의 조력을 받을 권리"가 실효적인 것이 되게 하는 본질적 내용이라고 보아야 한다. 전문법칙의 예외요건을 충족하지 못할 경우라도 탄핵증거로서는 사용가능하므로, 변호사와 의뢰인 간의 정보교환 내용에 대하여 누설의 염려가 완전히 차단되지 않는다면, 변호사와의 상담에 있어서 온전한 신뢰를 바탕으로 하는 솔직한 대화가 곤란할 것이기 때문이다. 따라서 변호사와 의뢰인 간의 정보교환 내용에 대한 증언거부권의 인정이 변호인의 조력을 받을 권리의 핵심적인 내용이 되는 것임을 감안하여, 대법원 판례와 같이 전문법칙의 규정에 근거하여 증거능력을 부정하기 보다는 헌법과 형사소송법의 기본 원칙에 바탕을 둔 증언거부권 자체에 근거하여 증언을 불허하고 증거능력을 배척함이 타당할 것이다.[161]

요컨대, 변호사와 의뢰인 사이의 비밀유지에 관한 현행법상의 각 규정들과 헌법재판소 결정, 그리고 대법원 판례의 취지를 고려할 때, 헌법과 형사소송법에서 보장하고

법 제314조에 의하여 증거능력을 인정할 수도 없다는 이유로, 원심이 이른바 변호인·의뢰인 특권에 근거하여 위 의견서의 증거능력을 부정한 것은 적절하다고 할 수 없으나, 위 의견서의 증거능력을 부정하고 나머지 증거들만으로 유죄를 인정하기 어렵다고 본 결론은 정당하다고 한 사례. 이에 대한 판례평석으로는 윤종행, 앞의 글, 718-733면 참조.

159) 헌법재판소 2004. 9. 23. 선고 2000헌마138 결정

160) 대법원 2012.2.16. 자 2009모1044 전원합의체 결정

161) 윤종행, '변호사와 의뢰인 간의 의사교환 내용과 증언거부의 특권-대법원 2012.5.17. 선고 2009도6788 전원합의체 판결-', "홍익법학 14 (2)", 2013, 731~732면.

있는 변호인의 조력을 받을 권리가 실질적으로 보장되기 위하여서는 서구 제국에서 인정하고 있는 정도의 변호사와 의뢰인 간의 증언거부의 특권을 인정하는 판례의 형성이 요구된다고 할 것이다.[162]

제13절 | 외국 입법례로부터 얻는 우리나라에서의 시사점

이상에서 살펴본 바와 같이, 오랜 영미법 전통의 법원칙으로 확립되어 온 변호사와 의뢰인 간의 의사교환 내용에 대한 증언거부 특권은 변호인제도를 실효적인 것이 되게 하고 공정한 절차법적 형평성을 추구하기 위한 것으로서, 나라마다 약간의 입법 형식상 차이를 보이고 있지만 오늘날 유럽 등의 선진화된 법률제도로서 보편적으로 정착되어 왔음을 알 수 있다.

무엇보다도 영미법상 오랜 전통인 변호사와 의뢰인 간의 대화내용에 대한 증언거부의 특권제도는 미연방대법원 판례 형성을 통하여 오랜 세월 동안 보편적으로 적용되어 왔고, 오늘날 미연방 증거법에 성문화됨으로써 보다 공고하게 되었으며, 서구제국의 법률제도에 많은 영향을 끼쳐왔다고 평가할 수 있다. 미국에서는 "업무결과물의 원칙"이라든가 "공통이익의 합의 이론," 또는 의사, 감정인, 과학자 등의 전문인의 의견과 증언거부의 특권과의 충돌문제의 해결 등 보다 세부적인 쟁점들에 대한 논의가 이어지고 있음을 알 수 있다. 또한 변호사와 의뢰인 간에 나눈 대화내용이 불법적 해킹에 의하여 언론이나 인터넷상에 공개된 경우에 누설된 정보를 법적 쟁송에서 증거로서 활용될 수 있는지 등이 논란이 되고 있는데, 해킹이라는 불법적 수단에 의하여 누설된 정보라는 측면과 사실상 언론이나 인터넷을 통하여 일반인에게 공개된 사실이라는 상충하는 측면을 모두 고려하여야 할 것이다. 그리고 변호사와 의뢰인 간 증언거부의 특권은 정보교환 당사자 간에 비밀성을 유지하기 위한 의사와 노력이 수반되어야 하므로, 예컨대 일반적으로 예견되는 정도의 해킹에 대하여 동종의 업체에서 통상적으로 사용하고 있는 최소한의 방어시스템을 갖추지 않고 있는 경우라면,

162) 윤종행, '변호인과 의뢰인 간의 대화내용에 대한 증언거부권', "법학논총 31 (2)", 2018, 311면.

해킹을 예견할 수 있고 비밀성을 유지하고자 하는 의사와 노력이 없는 것으로 보아서 비밀성 요건을 충족하지 못한다고 보아야 할 것이다. 또한 해킹이 경우에 따라서는 회사의 불법행위라든가 비도덕적 행태를 누설하는 공익신고(whistleblowing)와 같은 성격을 갖는 면이 있을 수 있더라도,[163] 본질적으로 상대방의 프라이버시와 영업비밀을 침해하는 불법성을 띠는 것이라는 점과 변호사의 공익수호의 신분을 고려할 때, 이러한 해킹에 의하여 공개된 정보는 사인에 의한 위법수집증거로서 증거능력을 배척함이 타당할 것이다. 그러나 비록 불법적인 해킹을 통하여 누설된 정보일지라도 이미 언론과 인터넷을 통하여 일반 대중에게 널리 알려진 상황이라면 공지의 사실로서 증거능력을 인정하는 것이 타당할 것이다.[164]

유럽의 경우도 보면, 우선 유럽인권재판소와 유럽사법재판소는 영미법계의 변호인과 의뢰인 간의 증언거부 특권과 거의 유사한 변호인과 의뢰인 간 의사교환에 대한 비밀유지권을 인정하여 오고 있다. 그리고 영국은 변호사와 의뢰인 간의 의사교환 내용에 대한 증언거부의 특권을 유럽인권협약에 의하여 보장되는 사생활의 권리의 일부로서 받아들여짐으로써, 기본권적, 실체법적인 권리로 발전하여 왔다. 영국에서의 증언거부의 특권은, 법적 자문에 관한 것과 소송에 관한 것으로 나누어 소송에 관한 것은 보다 폭넓게 특권으로서 보호하고 있다는 점이 특징이다. 그리고 우리나라에 많은 법제도적 영향을 끼쳐온 독일에서도, 대부분의 EU 국가들과 마찬가지로 변호인과 의뢰인 간의 증언거부 특권에 관하여 독자적으로 규율하고 있다. 독일에서 변호사들은 업무상 지득한 비밀에 관하여 비밀을 유지하여야 하고, 의뢰인이 변호사에게 제공한 정보는 민·형사 소송에서 증언 의무를 지지 않는다. 또한 의뢰인과 변호사간에 업무상 주고받거나 변호사에게 맡겨진 비밀스런 서류, 문자교환, 또는 문자 등 모든 정보는 압수의 대상이 되지 않는다. 이와 같이 독일에서도 영미법상 증언거부의 특권과 마찬가지로 변호사와 의뢰인 간의 의사교환 내용에 대한 증언거부의 특권으로서 보편적으로 보호하고 있음을 알 수 있다. 특히 독일에서는 압수거부권 규정을 증언거부권 규정과 연계하여 상세한 규정을 두고 있고, 미국에서와 마찬가지로 법무법인이나 사내변호사의 경우 문제되는 증언거부 특권이 쟁점화되고 있음을 알 수 있다.

---

163) Anne E. Conroy, *Id,* at 1819.

164) 윤종행, '변호인과 의뢰인 간의 대화내용에 대한 증언거부권', "법학논총 31 (2)", 2018, 305~307면.

한편 프랑스에서는, 지역 변호사 협회에 등록된 변호사와 의뢰인 간의 업무상 비밀대화 내용은 형법에 의하여 보호되는 것으로 명문화 되었고, 개별법령에서도 변호사와 의뢰인 간의 의사교환 내용은 단순한 법률상담이든 소송상 방어준비 차원이든 불문하고 모두 업무상 비밀로서 보호대상이 된다고 규정하고 있다. 따라서 프랑스에서는 상담 업무 또는 방어에 관한 업무를 불문하고 의뢰인의 변호사에 대한 자문의뢰 및 조언, 의뢰인과 변호사 사이의 통신, 변호사 간의 통신, 회의 기록, 기타 일반적으로 그 건에 관한 서면 등은 모두 업무상 비밀의 보호 대상이 되고 있다. 그리고 프랑스의 전국변호사직무규정은 변호사와 의뢰인 간의 의사교환 내용과 관련하여, 비밀유지권의 인정요건과 범위에 관하여 매우 상세하게 규정하고 있다. 그밖에 네덜란드에서도 의뢰인의 동의 없이는 변호사가 업무상 지득한 비밀사항에 대하여 증언하는 것을 금지하고 있고, 벨기에 법제에서도 예외적인 경우가 아닌 한 업무상 지득한 비밀에 관하여서는 의뢰인의 동의 없이 변호사가 업무상 지득한 비밀사항을 누설할 수 없는 것으로 제도화되어 있다. 그리고 스웨덴에서도 스웨덴 변호사협회에 등록된 변호사와 이들의 보조자들은 증언거부의 특권이 인정되는데, 다만 송무변호사가 아닌 변호사에게는 특권의 인정이 제한적이고, 오직 소송준비를 위한 비밀스런 의사교환 내용에 대하여서만 특권이 인정된다는 점이 특징이다. 스페인의 경우에도, 스페인 변호사협회에 등록된 변호사는 업무상 지득한 비밀을 지켜야 하는데, 이는 스페인 변호사 직무법에서도 규율하고 있다.

한편 캐나다에서도 변호인과 의뢰인 간의 증언거부 특권은 기본적인 정의의 원칙의 하나로 자리매김하고 있으며, 캐나다 연방대법원은 변호인과 의뢰인 간의 증언거부 특권이 캐나다의 사법 제도가 제대로 작동하기 위한 필수적인 권리임을 확인하여 왔다. 또한 우리나라의 인접국인 일본에서는, 우리나라와 마찬가지로 변호사의 의뢰인 간의 증언거부의 “특권”에 관한 명문규정이 없으나, 형법 제134조, 변호사법 제23조, 변호사직무기본규정 제23조 등에서 변호사는 의뢰인과의 통신의 비밀을 지킬 의무가 있음을 규정하고 있다. 또한 민사소송법, 형사소송법에서 변호사의 증언거부권, 압수거부권 등을 규정하고 있으며, 변호사와의 상담의 비밀을 일정 범위에서 보장하고 있다. 그리고 민사·형사소송절차, 중재 등 재판외분쟁해결 절차, 심지어 행정절차 등에 있어서 변호사 의뢰인 간의 대화 내용의 비밀은 보호되어야 한다는 것이

일반적인 학계 및 실무의 입장이다. 그리고 일본 변호사협회를 중심으로 하여 서구제국에서 인정되고 있는 수준으로 증언거부권을 강화하여야 한다는 목소리가 커지고 있는 상황이다.

우리나라에서도 기본적으로 변호사와 의뢰인 간 업무상 나눈 비밀스런 의사교환 내용은 누설하여서는 안되고 형법상 업무상비밀누설죄로 처벌될 수 있으며, 증언거부권과 압수거부의 대상이 된다는 점에서 어느 정도 세계적 수준의 법률체계를 갖추고 있고 이에 대한 판례 형성도 발전하고 있다고 볼 수 있다. 그러나 아직 우리나라에서는 변호사와 의뢰인 모두를 특권의 주체로 인정하기보다는 변호인의 권리라는 차원에서 접근하고 있다는 점에서 의뢰인의 비밀보호의 측면에서 선진국 수준에 이르지 못하고 있다고 볼 수 있다.

우선 우리나라 형사소송법상의 증언거부권과 압수거부권의 주체를 변호사로 규정하고 있는 것은 변호사와 의뢰인 간의 의사교환 내용에 대한 비밀보호라는 제도의 취지를 충분히 반영하지 못하는 면이 있으므로, 특권의 주체가 의뢰인이 되도록 하는 것이 바람직할 것이다. 따라서 의뢰인의 동의나 특권의 포기 없이는 변호사와의 의사교환 내용을 변호사가 공개하는 것을 금지하는 내용의 형사소송법 개정 등의 입법적 보완이 필요할 것이다.[165] 요컨대 변호사와 의뢰인 간 증언거부의 특권이 본래 의뢰인의 변호인 조력을 받을 권리를 보장하기 위한 것이므로, 형사소송법 제112조의 압수거부권과 제149조의 증언거부권이 변호사가 거부할 수 있는 것으로 규정되어 있는 것을 개정하여, 의뢰인의 동의 또는 정당한 예외 요건을 충족할 경우 외에는 공개하여서는 아니 되는 것으로 표현을 바꾸는 것이 좋을 것이다.[166] 아울러 현재 변호사의 증언거부권에 관한 형사소송법 제149조의 단서에서 "중대한 공익상 필요가 있는 때에는 예외로 한다"라는 표현이 지나치게 추상적이므로 이를 보다 구체적인 표현으로 바꾸는 것이 바람직할 것이다.[167] 예컨대 변호사와 의뢰인 간의 대화내용이 불법행위

---

165) 송시섭, '변호사 법률의견서의 증거능력', "동아법학 58", 2013, 411면에는 피의자 피고인 아닌 모든 개인 또는 회사도 일상적 생활관계에서 잠재적 의뢰인으로서 변호사-의뢰인 특권의 보호대상이 되어야 한다는 주장이 있다.

166) 우리나라 현행 변호사윤리장전 윤리규칙 제23조(비밀준수)에서는 "변호사는 업무상 알게 된 의뢰인의 비밀을 공개하여서는 아니 된다. 다만, 공익상의 이유가 있거나 변호사 자신의 권리를 옹호하기 위하여 필요한 경우에는 최소한의 범위에서 이를 공개할 수 있다."라고 규정하고 있다.

167) 이와 같은 입장으로서 정인진, '변호사의 비밀유지의무', "저스티스 104", 2008, 153면.

또는 범죄를 목적으로 하는 경우라든가, 그 자체가 협박죄 등의 범죄행위가 되는 경우,[168] 또는 변호사와 의뢰인 간 보수 또는 보상 등에 관한 법적 쟁송의 대상이 되는 경우 등에만 예외적으로 공개가 허용될 수 있는 것으로 개정하는 것이 좋을 것이다.[169]

168) United States v. Zolin, 491 U.S. 554 (1989); George Fisher, "Evidence (2nd edition)", Thomson West, 2008, 920~927면.

169) 윤종행, '변호사와 의뢰인 간의 의사교환 내용과 증언거부의 특권-대법원 2012.5.17. 선고 2009도6788 전원합의체 판결-', "홍익법학 14 (2)", 2013, 733면; 윤종행, '변호인과 의뢰인 간의 대화내용에 대한 증언거부권', "법학논총 31 (2)", 2018, 307-313면.

변호사와 의뢰인 간 비밀유지권의 입법방안

서 주 연

제5장

변호사와 의뢰인 간 비밀유지권의 입법방안

제1절 | 변호사와 의뢰인 간 비밀유지권의 도입 필요성

1. 의뢰인·국민 중심의 권리보호

변호사와 의뢰인 간 비밀유지권은 비밀유지와 관련된 관련 법령의 해석으로부터 도출될 수 있다고 하기에 무리이며, 이로 인해 변호사와 의뢰인 양자에 대해 비밀유지권의 침해 사례가 집적되고 있는 것이 사실이다. 비밀유지권이 우리 법제에 도입되어야 할 필요성은 무엇보다 비밀유지권이 헌법상 변호인의 조력을 받을 권리의 내용으로 인정될 수 있기 때문이다(헌법 제12조 제4항).[170] 따라서 비밀유지와 관련된 현행 법제는 변호사와 의뢰인 양자에 있어 비밀유지권이 인정되는 헌법합치적 방향으로 해석 및 적용되어야 하며, 나아가 비밀유지권이 명문으로 입법되지 않음으로써 그 권리에 대한 침해가 명백하다면 그 구체적인 입법형성에 대한 입법자의 의무가 요구되는 것이다.

헌법재판소는 그간 변호인의 조력을 받을 권리의 내용을 신체구속된 피의자·피고인의 변호인의 조력을 받을 권리,[171] 불구속 피의자·피고인의 변호인의 조력을 받을 권리,[172] 변호인의 피의자·피고인을 조력할 권리,[173] 변호인이 되려는 자의 피의자·

170) 윤종행, '변호사와 의뢰인간의 대화내용에 대한 증언거부권-미국에서의 논의를 중심으로', "법학논총 31 (2)", 국민대학교 법학연구소, 2018, 293면; 박현성, '미국법상 변호사-의뢰인 특권, 소송준비자료의 개시면책에 관한 연구', "법조 61 (2)", 법조협회, 2012, 336면.

171) 헌법재판소 2009. 10. 29. 선고 2007헌마992 전원재판부 결정.

172) 헌법재판소 2004. 9. 23. 선고 2000헌마138 전원재판부 결정.

173) 헌법재판소 2004. 6. 15. 선고 2004헌마474 결정, 헌법재판소 2007. 5. 31. 선고 2006헌마503 결정.

피고인을 조력할 권리[174] 등으로 점차 확대·전개해왔다.[175] 여기에서는 비밀유지권에 대해서도 헌법상 변호인의 조력을 받을 권리의 내용으로 인정될 수 있는 것인지 여부에 관한 문제가 쟁점이 될 수 있다. 이와 관련하여 헌법재판소가 변호인의 조력을 받을 권리에 대해서 불구속 피의자에 대한 변호인의 조력을 받을 권리와 수사기록의 열람·등사권을 그 내용으로 인정한 사안을 살펴보고자 한다.

우선 헌법재판소는 헌법 제12조 제4항의 문언이 "체포 또는 구속을 당한 자"를 명시하여 변호인의 조력을 받을 권리를 규정하고 있는 것에 대해 그 문언을 넘어 불구속 피의자에게 변호인의 조력을 받을 권리가 인정된다고 결정한 바 있으며, 그 근거는 다음과 같다.[176]

헌법 제12조 제4항은 특별히 신체구속을 당한 사람에 대한 변호인의 조력을 받을 권리의 중요성을 강조하기 위해 별도로 이를 명시하고 있는 것으로, 불구속 피의자에 대한 변호인의 조력을 받을 권리를 배제하는 것은 아니라고 보아야 한다. 결국 피의자·피고인의 구속 여부를 불문하고 조언과 상담을 통해 이루어지는 변호인의 역할은 변호인의 조력을 받을 권리의 내용 중 가장 핵심적인 것이며, 변호인과 상담하고 조언을 구할 권리는 변호인의 조력을 받을 권리의 내용 중 구체적인 입법형성이 필요한 다른 절차적 권리의 필수적인 전제요건이 되는 것으로서 헌법상 변호인의 조력을 받을 권리 그 자체에서 도출될 수 있다. 그러나 헌법재판소는 불구속 피의자에 대한 변호인의 조력을 받을 권리를 제한 없이 인정하고 있지는 않다. 즉 불구속 피의자가 피의자신문 시 변호인의 조언과 상담을 원한다 하더라도, 위법한 조력의 우려가 있어 이를 제한하는 다른 규정이 있는 경우 수사기관은 피의자의 요구를 거절할 수 있다고 보았다.

다음으로 헌법재판소는 증거개시제도와 관련하여 수사기록의 열람·등사권을 변호인의 조력을 받을 권리로서 인정하고 있으며, 그 근거는 다음과 같다.[177]

변호인의 변론 활동 중 수사서류에 대한 검토는 피고인에게 유·불리한 증거를 구분하여 피고인의 이익으로 원용하거나 효율적으로 방어해야 할 필수적인 것이므로, 피

174) 헌법재판소 2019. 2. 28. 선고 2015헌마1204 결정.
175) 신동운, "간추린 신형사소송법(제12판)", 법문사, 2020, 39~41면.
176) 헌법재판소 2004. 9. 23. 선고 2000헌마138 결정.
177) 헌법재판소 2010. 6. 24. 선고 2009헌마257 결정.

고인이 변호인을 통해 수사서류를 열람·등사하는 것은 피고인에게 보장된 변호인의 조력을 받을 권리의 중요한 내용을 이루게 된다. 따라서 수사서류 열람·등사권은 피고인의 신속·공정한 재판을 받을 권리 및 변호인의 조력을 받을 권리라는 헌법상 기본권의 중요한 내용이자 구성요소이며 이를 실현하는 구체적인 수단이 된다. 그러나 수사서류의 열람·등사권이 헌법상 기본권의 중요한 내용이자 구성요소라고 하더라도, 열람·등사의 절차 및 대상, 열람·등사의 거부 및 제한 사유, 검사의 열람·등사 거부처분에 대한 불복절차 및 제재 등 그 상세한 내용의 형성은 입법을 통해 구체화될 수 있는 것으로서 형사소송법이 이를 구체화하고 있다고 하였다.

요컨대 헌법재판소는 헌법 또는 법률에 명문의 규정이 없는 권리라고 하더라도, 피의자·피고인의 권리가 헌법상 변호인의 조력을 받을 권리의 핵심적인 것, 중요한 내용이자 구성요건으로서 이를 실현하는 구체적인 수단이 되는 경우 헌법상 변호인의 조력을 받을 권리로 인정하고 있다. 나아가 그 권리의 구체적인 범위와 한계는 형사소송법 또는 판례를 통해 제한될 수 있음을 분명히 하였다.

이 같은 논증은 실상 변호사와 의뢰인 간의 비밀유지권에 대해서도 그대로 적용되어 비밀유지권에 관한 명문의 규정이 없음과 무관하게 헌법상 변호인의 조력을 받을 권리의 내용으로 인정할 수 있다. 변호인이 의뢰인과 의견이나 서류·자료 등을 교환하는 데 있어 비밀유지를 통해서만 국가기관에 대한 의뢰인의 방어권을 적절히 행사할 수 있다. 비밀의 누설 또는 공개됨으로써 결과적으로 의뢰인이 신속·공정한 재판을 받을 권리 또는 변호인의 충분한 조력을 받을 권리가 침해된다면 이는 헌법에 위반되는 것이며, 이에 비밀유지권은 의뢰인이 신속·공정한 재판을 받을 권리 또는 변호인의 충분한 조력을 받을 권리를 실현하는 구체적인 수단이라고 할 수 있다.

한편 비밀유지권이 변호인의 조력을 받을 권리의 내용으로 인정된다 하더라도, 그러한 권리를 충분히 보장하기 위해서는 구체적인 입법형성이 요구될 수 있다. 이는 최근 수사절차에서 변호인의 참여권과 변론권 보장을 강화 및 확대하고 있는 입법방향에 비추어서도 적극적으로 고려되어야 한다.[178] 즉 피의자를 포함하여 피혐의자, 피내사자, 피해자, 참고인이 조사를 받는 경우에도 변호인이 참여할 수 있도록 하며,

178) 연합뉴스, '참고인·피내사자 조사도 변호인 참여…검사 상대 직접변론 보장', 2020. 1. 31. 보도 (https://www.yna.co.kr/view/AKR20200131107200004, 2020. 12. 10. 검색).

변호인이나 피의자가 그 신문 내용을 기록 할 수 있도록 하고 있다.[179] 이러한 제도들이 실효적으로 운영되어 의뢰인·국민의 기본권을 실질적으로 보장하기 위해서는 비밀유지권의 법제화가 필수적이며,[180] 그 적용범위는 변호인이나 피의자뿐만 아니라 사건관계인에도 미칠 수 있어야 한다.

2. 적법절차 원칙의 내실화 및 확장

변호사와 의뢰인 간 비밀유지권이 우리 법제에 도입되어야 할 필요성은 헌법상 변호인의 조력을 받을 권리 외에도 적법절차의 원칙에서도 찾을 수 있다(헌법 제12조 제1항, 제3항). 문언에 따르면, 적법절차의 의의는 인신 구속에 관한 헌법과 법률을 해석·적용함에 있어 국가형벌권보다 개인의 인권 옹호에 우위를 두고 신중을 기해야 한다는 데 있다.[181] 그러나 적법절차는 단순히 법률을 준수한 형사절차의 의미를 넘어서 법공동체의 구성원 사이에 지속적으로 공유되고 있는 가장 기본적인 규범의식의 요구, 즉 기본적 인권이 보장되는 절차를 의미하며, 그 법률의 내용에 있어서는 정의에 합치될 것임을 요한다.[182]

헌법에서 적법절차의 원칙이 문언상 형사절차, 특히 인신 구속을 염두에 두고 규정되었음 분명하나, 오늘날 반드시 형사절차에 국한하여 적용될 것은 아니라고 할 수 있다. 위에서 보듯이 적법절차의 의의는 법공동체의 구성원 사이에 지속적으로 공유되고 있는 가장 기본적인 규범의식의 요구, 즉 기본적 인권 보장에 있으며, 나아가 국가기관에 대한 개인의 인권 옹호에 있기 때문이다.[183] 또한, 실체적 진실 발견을 목적으로 국가기관이 주재하는 모든 절차에는 필연적으로 인권 침해의 소지가 있고,

---

179) 검찰사건사무규칙(법무부령 제966호로 2020. 1. 31. 일부개정 및 시행된 것), 변호인 등의 신문·조사 참여 운영지침(대검찰청예규 제1028호로 2019. 11. 12. 제정 및 시행된 것), 변호인 접견·참여 등 규칙(경찰청훈령 제882호, 2018. 8. 13. 일부개정 및 시행된 것) 등.

180) 장철준, '헌법상 변호인의 조력을 받을 권리와 의뢰인의 비밀보장', "헌법학연구 23 (1)", 한국헌법학회, 2017, 23면.

181) 대법원 2003. 11. 11. 자 2003모402 결정.

182) 신동운, "신형사소송법(제3판)", 법문사, 2011, 7~8면.

183) 헌법재판소는 적법절차의 원칙에 대하여 공권력에 의한 국민의 생명·자유·재산의 침해는 반드시 합리적이고 정당한 법률에 의거하여 정당한 절차를 밟은 경우에만 유효하다는 원칙이라고 정의하였으며(헌법재판소 2001. 11. 29. 선고 2001헌바41 전원재판부 결정), 기본권 보장을 위한 정당한 절차, 즉 근본적인 공정성을 담보하는 절차라고 파악하였다(헌법재판소 1996. 12. 26. 선고 94헌바1 전원재판부 결정).

이때에도 적법절차 원칙을 통해 국가기관의 수사 또는 조사 권한의 남용을 제한하도록 해야 한다. 따라서 비단 형사절차뿐만 아니라 국가기관이 관여하는 민사절차 및 행정절차에 있어서도 적법절차의 원칙이 준수되어야 한다.[184]

일반적으로 적법절차의 원칙은 실체적 진실 발견과 대립하거나 이를 제한하게 된다. 조사·수사 또는 소송절차가 지향하는 객관적인 진실 규명이 저해되거나 불가능하게 되더라도 법공동체가 추구하는 가치나 이념, 즉 기본권 존중이나 공평성의 요청을 위해 이를 용인하지 않으면 안 되는 경우가 있기 때문이다.[185] 즉 실체적 진실 발견은 절대적이거나 유일한 가치일 수 없으며, 적법절차를 구현하는 가운데 실체적 진실을 발견하고 공정한 절차를 실현할 수 있는 것이다.[186]

이와 관련하여 소송법이 변호사의 증언거부권 등을 규정하고 있는 것은 변호사와 의뢰인 사이의 비밀유지 및 신뢰관계 보호라는 요청을 실체적 진실 발견보다 우선시한 것이다(형사소송법 제112조, 제149조, 민사소송법 제315조 제1항, 제344조 제2항 제1호). 그런데 앞서 제3장 대한변호사협회의 비밀유지권 침해 조사 결과에서 제시된 바, 현실적으로 의뢰인의 비밀유지 또는 변호사와의 신뢰관계 보호는 심각하게 침해받고 있다. 주목할 만한 것은 비밀유지권을 침해한 국가기관에는 수사기관 외에 국세청, 금융감독원, 공정거래위원회 등이 있었으며, 그 방식이 법무법인, 기업·기관의 법무팀, 개업 변호사의 사무실, 피의자의 사무실 등에서 컴퓨터나 휴대전화를 압수·수색하거나 임의제출을 강요하는 등 수사기관과 특별한 차이가 없었다는 것이다.

비밀유지권을 침해한 주체와 무관하게 그 침해의 정도에 있어 의뢰인과 관련된 사람들을 소환하여 의뢰인과 변호사가 접촉하였는지 여부를 조사한 사례, 변호사가 근무 중인 법무법인을 압수·수색하겠다고 압박하여 담당 사건의 증거에 대해 임의제출을 강요한 사례, 피고인과 구치소에서 접견한 변호사에게 연락하여 피고인과의 상담 내용을 밝히지 않을 경우 피고인에게 불이익한 조치를 취하겠다고 언급한 사례, 피의자에게 변호인과의 상담 내용을 진술할 것을 요구한 사례 등 심각한 경우가 다수 보고되었다. 사내변호사의 경우 검찰 등이 사내변호사와 외부 법무법인과의

---

184) 이태영, '변호사의 비밀유지의무', "인권과 정의 469", 대한변호사협회, 2017, 34면; 최춘식, '민사소송에서의 위법수집증거에 관한 연구', "인권과 정의 450", 대한변호사협회, 2015, 94면.
185) 신동운, "신형사소송법(제3판)", 법문사, 2011, 10면.
186) 대법원 2019. 11. 21. 선고 2018도13945 전원합의체 판결.

논의 내용, 거래 대상 법무법인의 업무내역서(time sheet)를 제출할 것을 요구한 사례도 있었다.

위와 같은 비밀유지권의 침해는 국가기관에 의한 조사·수사 또는 소송절차 전반에서 실체적 진실 발견이 우선시된 결과로 분석되며, 현행 법제의 비밀유지제도에 의해서는 그러한 침해를 침해가 일어나는 도중에 제동을 걸거나 미연에 방지할 수 없다는 방증으로 생각된다. 따라서 적법절차의 원칙은 그러한 실체적 진실 발견에 대한 제한이자 공정한 절차를 실현하기 위한 장치로서 실정법에서 비밀유지권으로 구체화·입법화되어야 한다. 이때 변호사와 의뢰인의 비밀유지권을 실질적으로 보장하면서 적법하고 효율적인 조사·수사 또는 소송이 이루어질 수 있도록 그 범위와 한계를 명확히 정하는 법률안이 마련되어야 할 것이다.

3. 글로벌 스탠다드(global standard)의 반영

제4장에서 검토한 바와 같이 영미법 전통에서 법원칙으로 발전한 변호사와 의뢰인 간의 의사교환 내용에 대한 비밀유지권은 실효적인 변호사제도와 절차법적 공정성·형평성을 목적으로 하며, 오늘날 대부분의 국가에서 법제화되어 있다.[187] 각국의 입법례는 그 입법형식과 내용에 따라 차이가 있으나, 증언거부 특권에 초점을 맞추어 살펴보면 아래와 같이 요약될 수 있다.

미국에서 변호사와 의뢰인 간의 대화내용에 대한 증언거부 특권은 미국 연방대법원의 판례 형성을 통해 오랜 시간 보편적으로 적용되어왔으며, 미국 연방증거법에 성문화됨으로써 보다 공고하게 운용되고 있다. 현재 업무결과물의 원칙, 공통이익의 합의이론, 의사, 감정인, 과학자 등 전문인의 의견과 증언거부 특권과의 충돌문제 등 보다 세부적인 쟁점들에 대한 논의가 이어지고 있다.

유럽의 경우 유럽인권재판소와 유럽사법재판소는 영미법계의 특권과 거의 유사한 비밀유지권을 인정하고 있다. 영국은 변호사와 의뢰인 간의 의사교환 내용에 대한 증언거부 특권을 유럽인권협약에 의해 보장되는 사생활의 권리의 일부로 받아들여 기본권적 및 실체법적 권리로 발전시켰다. 영국에서 증언거부 특권은 법적 자문에

187) Lynn, Veronica (Eds.), "The Right to Counsel and the Protection of Attorney-Client Privilege in Criminal Proceedings-A Comparative View", Springer, 2020, 7~73면.

관한 것과 소송에 관한 것으로 나뉘며, 소송에 관한 것은 보다 폭넓게 보호하고 있다.

독일에서도 대부분의 유럽 국가들과 마찬가지로 변호인과 의뢰인 간의 증언거부 특권을 독자적으로 규율하고 있다. 독일에서 변호사들은 업무상 지득한 비밀에 관해 비밀을 유지해야 하고, 의뢰인이 변호사에게 제공한 정보는 민·형사 소송에서 증언할 의무를 지지 않는다. 또한, 변호사와 의뢰인 간에 업무상 주고받거나 변호사에게 맡긴 서류, 문자 등 모든 정보는 압수대상이 되지 않는다. 특히 독일에서는 압수거부권을 증언거부권 규정과 연계하여 상세한 규정을 두고 있고, 미국에서와 같이 법무법인이나 사내변호사의 증언거부 특권이 쟁점으로 논의되고 있다.

한편 프랑스에서는 지역변호사협회에 등록된 변호사와 의뢰인 간의 업무상 비밀대화 내용은 형법에 의해 보호된다고 명문화되었고, 개별법령에서도 변호사와 의뢰인 간의 의사교환 내용은 단순한 법률상담이든 소송상 방어준비 차원이든 불문하고 모두 업무상 비밀로서 보호대상이 된다고 규정하고 있다. 이에 따라 상담 또는 방어에 관한 업무를 불문하고 의뢰인의 변호사에 대한 자문의뢰 및 조언, 의뢰인과 변호사 사이의 통신, 변호사 간의 통신, 회의기록, 기타 서면 등이 모두 업무상 비밀의 보호대상이 되고 있다. 그리고 프랑스의 전국변호사직무규정은 변호사와 의뢰인 간의 의사교환 내용과 관련하여 비밀유지권의 인정요건과 범위에 있어 매우 상세하게 규정하고 있다.

일본에서는 변호사의 의뢰인 간의 증언거부 특권에 관한 명문의 규정이 없으나, 형법 제134조, 변호사법 제23조, 변호사직무기본규정 제23조 등에서 변호사는 의뢰인과 사이에서 통신의 비밀을 지킬 의무가 있다고 규정하고 있다. 또한, 민사소송법, 형사소송법에서 변호사의 증언거부권, 압수거부권 등을 규정하고 있으며, 변호사와의 상담의 비밀을 일정 범위에 한정하여 보장하고 있다. 그러나 민사 및 형사소송절차뿐만 아니라 중재 등 재판 외 분쟁해결, 행정절차 등에 있어서 변호사와 의뢰인 간 대화 내용의 비밀은 보호되어야 한다는 것이 일반적인 학계 및 실무의 입장이다.

비밀유지제도에 있어 우리와 유사한 법체계를 가지고 있는 일본을 제외하고, 각국의 입법례는 증언거부 특권을 포함하여 국제사회에서 흔히 변호사와 의뢰인 간 특권(ACP) 또는 법률전문가 특권(LPP)으로 통용되는 비밀유지권을 법제화하여 운용하고 있다. 비밀유지권은 오늘날 세계적인 규모의 카르텔 범죄나 부정부패 사건에 대해

국제공조수사가 있거나 국가 간 국제중재 또는 국제소송을 통한 분쟁이 있는 경우 쟁점 중에 하나로 주목받고 있다. 각국의 비밀유지권에 관한 법원칙이 달라 문서를 리뷰하거나 제출할 때 원하지 않았거나 예상하지 못한 특권의 포기가 발생할 수 있기 때문이다.[188] 일본이나 우리의 경우 국제소송이 발생하여 비밀유지권 적용 여부를 다투는 경우 비밀유지권이 인정되지 않아 방어권 행사에 불리하거나 준거법을 정하기 위해 불필요한 절차를 거칠 가능성이 있다고 지적된다.[189]

변호인의 조력을 받을 권리이자 방어권의 보장으로서 비밀유지권은 각국에서 적극적으로 받아들여지거나 심도 있게 논의되어왔다. 이는 완전히 당사자주의 소송구조를 가진 영미법 체계이든 공판 준비에서 사법기관의 역할이 큰 대륙법계 체계이든 마찬가지이며, 오히려 후자에서는 대부분의 증거가 수사기관에 의해 수집되어 법원이 주로 수사기관의 증거에 의존한다는 점에서 특히 절차 전반에 걸친 변호인의 조력이 강조될 수 있다.[190]

이와 관련하여 비밀유지권이 영미법계 특유의 제도로서 우리 법제에 도입될 수 없다거나 도입된다 하더라도 제대로 운용되지 않을 것이라는 우려도 있다.[191] 그러나 우리 형사소송법에 대해 견해의 대립이 있으나 대법원은 당사자주의를 채택하고 있다고 밝힌 바 있으며,[192] 민사소송법은 당사자주의를 채용하고 있다.[193] 행정소송의 직권주의가 가미되어 있으나, 당사자주의를 기본으로 한다고 할 수 있다.[194] 이처럼 당사자주의가 운용되고 있는 한 증거를 비롯하여 모든 절차에서 공방을 담당하는 당사자의 전략은 매우 중요하며,[195] 사실 및 법률상 주장에 관한 내용이 담긴 변호사와의 의사교환은 비밀유지가 필수적이다.[196] 무엇보다 비밀유지권은 영미법계 특유

188) 법률저널, '박준연 미국변호사의 미국법 실무(4)/변호사-의뢰인 사이의 비밀 유지 특권', 2018. 10. 26. 게재(http://www.lec.co.kr/news/articleView.html?idxno=48947, 2020. 12. 10. 검색).
189) 최선집, "조세실무연구 III", 김앤장 법률사무소, 2012, 210~211면.
190) 스테판 트렉셀 저, 강남일 역, "국제인권법과 형사소송", 2014, 292면.
191) 송시섭, '변호사 법률의견서의 증거능력', "동아법학 58", 동아대학교 법학연구소, 2013, 409면.
192) 대법원 2009. 10. 22. 선고 2009도7436 전원합의체 판결.
193) 대법원 1983. 2. 8. 선고 82다카1258 판결.
194) 대법원 1995. 4. 11. 선고 94누8020 판결.
195) 장철준, '헌법상 변호인의 조력을 받을 권리와 의뢰인의 비밀보장', "헌법학연구 23 (1)", 한국헌법학회, 2017, 19면.
196) 손창완, '미국법상 비닉권과 변호사·의뢰인 간 의사교환의 보호', "인권과 정의 485", 대한변호사협회, 2019, 19면.

의 요청에 따른 것이 아니라, 변호사제도를 통한 법치주의, 적법절차, 변호인의 조력을 받을 권리 등 기본적·보편적 가치에 기반을 두고 있다.[197]

결론적으로 변호사와 의뢰인 간 비밀유지권의 도입은 글로벌 스탠다드(global standard)에 맞추어 변호인의 조력을 받을 권리 및 방어권의 보장을 보다 정치화·내실화하는 차원에서 필수적인 작업으로 이해될 수 있다.

제2절 | 변호사와 의뢰인 간 비밀유지권의 도입 방안

1. 국회 입법안 검토

가. 변호사법 개정안

1) 제19대 국회 노철래 의원안(의안번호 제8201호)

제19대 국회에서 노철래 의원은 2013년 11월 29일 의안번호 제8201호로 「변호사법 일부개정법률안」을 대표발의하였으나, 2016년 5월 29일 제19대 국회 임기만료로 폐기되었다. 변호사의 비밀유지의무를 규정하고 있는 현행 변호사법 제26조의 본문과 단서를 안 제1조에 그대로 두고, 안 제2조를 신설하여 비밀유지권의 내용을 추가하는 방식이다.

안 제26조(비밀유지의무 등)

① 변호사 또는 변호사이었던 자는 그 직무상 알게 된 비밀을 누설하여서는 아니 된다. 다만, 법률에 특별한 규정이 있는 경우에는 그러하지 아니하다.

② 누구든지 의뢰인과 변호사 간의 의사교환 내용 및 변호사가 의뢰인을 위하여 작성한 자료 등을 의뢰인의 의사에 반하여 공개하거나 개시(開示)할 것을 요구할 수 없다. 다만, 중대한 공익상의 필요가 있거나 법률에 특별한 규정이 있는 경우에는 그러하지 아니하다.

본 의원안은 누구든지 의뢰인과 변호사 간의 의사교환 내용, 변호사가 의뢰인을 위해 작성한 자료 등에 대해서 의뢰인의 의사에 반하여 공개하거나 개시할 것을 요구

197) 최승재, "변호사와 의뢰인 사이의 비밀보호를 위한 제도 연구", 법률신문사, 2013, 255면.

할 수 없다고 규정하였다(안 제2항 본문). 그러나 중대한 공익상의 필요가 있는 경우, 법률에 특별한 규정이 있는 경우 비밀공개가 허용될 수 있도록 예외조항을 두고 있다(안 제2항 단서). 문언상 비밀유지의 대상을 "의사교환의 내용 및 변호사가 작성한 자료 등"으로 엄격히 제한하고 있지 않으며, 예외조항의 중 "중대한 공익상의 필요"의 경우 후술하는 제20대 국회 나경원 의원안 및 유기준 의원안에서는 찾아볼 수 없다는 점에서 독특하다. 제21대 국회 조응천 의원안에 이르러 세 가지 예외조항의 하나로 "중대한 공익상 필요가 있는 경우"를 들고 있으며, 이를 "의뢰인이 범죄를 범할 목적으로 법적 자문을 받은 경우 등"으로 구체화하여 명시하고 있다.

2) 제20대 국회 나경원 의원안 및 유기준 의원안(의안번호 제9774호, 제11628호)

제20대 국회에서 나경원 의원과 유기준 의원은 변호사와 의뢰인 간 의사교환 내용 등에 대한 보호 강화를 위해서 2017년 9월 29일 및 2018년 1월 30일 각각 의안번호 제9774호 및 제11628호로 「변호사법 일부개정법률안」을 대표발의하였다. 양 의원안은 현행 변호사법 제26조 본문과 단서의 비밀유지의무 조항을 그대로 둔 채, 제2항을 신설하는 방식으로 비밀유지권을 규정하였으나, 2020년 5월 29일 제20대 국회 임기 만료로 폐기되었다.

먼저 나경원 의원안은 누구든지 변호사와 의뢰인 간 비밀리에 이루어진 의사교환 내용 또는 변호사가 의뢰인을 위해 작성한 법률자문 등 자료에 대해서 공개를 요구하거나 증거로 사용할 수 없다고 규정하였다(안 제2항 본문 신설). 본 의원안은 누구든지 변호사와 의뢰인 사이에 이루어진 의사교환, 법률자문의 공개를 요구할 수 없다고 명시함으로써 비밀유지권의 법적 근거를 마련하고, 형사절차와 무관한 일상적 생활관계에서 이루어진 법률상담 및 자문내용도 압수나 공개를 거부할 수 있도록 함으로써 그 보호범위를 확대하고 있다는 점에서 의의가 있다.[198] 그러나 예외적으로 의뢰인의 승낙이 있는 경우, 법률에 특별한 규정이 있는 경우 비밀공개가 가능하도록 하고 있다(안 제2항 단서 신설).

198) 국회 법제사법위원회, '변호사법 일부개정법률안 검토보고(나경원 의원 대표발의, 제9774호)', 2018. 2., 7면.

안 제26조(비밀유지의무 등)

① 변호사 또는 변호사이었던 자는 그 직무상 알게 된 비밀을 누설하여서는 아니 된다. 다만, 법률에 특별한 규정이 있는 경우에는 그러하지 아니하다.

② 누구든지 변호사와 의뢰인 간 비밀리에 이루어진 의사교환 내용 또는 변호사가 의뢰인을 위하여 작성한 법률자문 등 자료에 대하여 공개를 요구하거나 이를 증거로 사용할 수 없다. 다만, 의뢰인의 승낙이 있거나 법률에 특별한 규정이 있는 경우에는 그러하지 아니하다.

다음으로 유기준 의원안은 누구든지 변호사 또는 변호사였던 자와 의뢰인 간 법률자문을 목적으로 비밀리에 이루어진 의사교환 내용에 대해 공개를 요구할 수 없다고 하면서 의뢰인의 승낙이 있는 경우, 법률에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고 있다(안 제2항 신설). 위 나경원 의원안과 비교하여 비밀유지의 대상이 법률자문을 목적으로 비밀리에 이루어진 의사교환의 내용만으로 제한하고 있다. 즉 본 의원안에 따르면, 변호사와 의뢰인 간의 의사교환 중에서도 법률자문을 목적으로 하였을 것, 비밀리에 이루어졌을 것이라는 요건을 갖추었을 때에 한정하여 비밀유지권이 인정될 수 있다고 할 수 있다. 의뢰인의 승낙이 있는 경우, 법률에 특별한 규정이 있는 경우 예외적으로 비밀공개가 가능하도록 하고 있음은 위 나경원 의원안이 안 제2항 단서로 규정하고 있는 것과 달리 본문에서 규정하고 있으나 내용상 동일하다.

안 제26조(비밀유지의무 등)

① 변호사 또는 변호사이었던 자는 그 직무상 알게 된 비밀을 누설하여서는 아니 된다. 다만, 법률에 특별한 규정이 있는 경우에는 그러하지 아니하다.

② 누구든지 법률에 특별한 규정이 있거나 의뢰인의 승낙이 있는 경우를 제외하고는 변호사 또는 변호사이었던 자와 의뢰인 사이에서 법률자문을 목적으로 비밀리에 이루어진 의사교환 내용의 공개를 요구할 수 없다.

3) 제20대 및 제21대 국회 조응천 의원안(의안번호 제22526호, 제697호)

제20대 내지 제21대 국회에서 조응천 의원은 변호사 비밀유지 특권의 도입과 관련하여 2019년 9월 18일 및 2020년 6월 19일 각각 의안번호 제22526호 및 제679호로 「변호사법 일부개정법률안」을 대표발의하였으며, 양 의원안의 내용은 동일하다. 의안번호 제22526호의 경우 2020년 5월 29일 제20대 국회 임기만료로 폐기되었으며, 의안번호 제679호의 경우 2020년 12월 현재 법제사법위원회 심사 중에 있다.

안 제26조(비밀유지의무 등)

① 변호사 또는 변호사이었던 자는 그 직무상 알게 된 비밀을 누설하여서는 아니 된다.

② 누구든지 다음 각 호의 사항에 대하여 공개, 제출 또는 열람할 것을 요구하여서는 아니 된다.

1. 직무와 관련하여 변호사와 의뢰인 간 비밀리에 이루어진 의사교환 내용
2. 직무와 관련하여 변호사가 의뢰인으로부터 제출받은 서류나 자료(전자적 형태로 작성·관리되는 것을 포함한다. 이하 이 조에서 같다) 또는 물건
3. 변호사가 수임받은 사건과 관련하여 작성한 서류나 자료

③ 제1항 및 제2항에도 불구하고 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 제1항 또는 제2항을 적용하지 아니한다.

1. 의뢰인의 자발적 승낙이 있는 경우
2. 의뢰인이 범죄를 범할 목적으로 법적 자문을 받은 경우 등 중대한 공익상 필요가 있는 경우
3. 의뢰인과 변호사 간 발생한 분쟁에서 변호사가 자신의 권리를 실현하거나 방어하기 위하여 필요한 경우

④ 제1항 또는 제2항을 위반하여 수집한 증거는 재판 또는 행정절차, 그 밖에 이에 준하는 절차에서 증거로 할 수 없다.

제113조(벌칙) 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 1년 이하의 징역 또는 1천만 원 이하의 벌금에 처한다.

1. ~ 3. (현행과 같음)

3의2(신설). 제26조 제3항 제1호의 승낙을 강요한 자

4. ~ 7. (현행과 같음)

본 의원안은 누구든지 직무와 관련하여 변호사와 의뢰인 간 비밀리에 이루어진 의사교환 내용, 변호사가 의뢰인으로부터 제출받은 서류나 자료 또는 물건, 변호사가 수임 받은 사건과 관련하여 작성한 서류나 자료에 대해 공개, 제출 또는 열람할 것을 요구할 수 없도록 하고 있다(안 제2항 제1호 내지 제3호). 이를 위반하여 수집한 증거는 재판절차뿐만 아니라 행정절차, 그밖에 이에 준하는 절차에 있어 증거로 할 수 없다고 규정하였다(안 제4항). 또한, 예외적으로 비밀공개를 허용하는 경우로서 의뢰인의 자발적 승낙이 있는 경우, 중대한 공익상 필요가 있는 경우, 의뢰인과 변호사 간 발생한 분쟁에서 변호사가 자신의 권리 실현이나 방어를 위해 필요한 경우를 명시하였다(안 제3항 제1호 내지 제3호). 이때 의뢰인의 승낙을 강요한 자에 대해서 1년 이하의 징역 또는 1천만 원 이하의 벌금에 처하는 벌칙규정에 추가하였다(안 제113조 제3의2).

본 의원안은 현행 변호사윤리장전 제18조의 비밀유지 및 의뢰인의 권익보호 조항과 유사하다.[199] 변호사윤리장전은 변호사의 비밀유지의무의 내용으로 직무상 알게 된 비밀의 공개와 이용을 금지하고 있으며(동조 제1항, 제2항), 직무를 수행하면서 작성한 서류, 메모, 기타 유사한 자료를 공개할 수 없다고 규정하고 있다(동조 제3항). 그리고 공개 또는 이용할 수 있는 예외사유로서 중대한 공익상의 이유가 있는 경우, 의뢰인의 동의가 있는 경우, 변호사 자신의 권리를 방어하기 위해 필요한 경우를 들면서 최소한의 범위라는 제한을 두고 있다(동조 제4항). 즉 본 의원안의 경우 변호사윤리장전 제18조에 대한 기존의 해석을 참고할 수 있을 것으로 보인다.

앞서 발의되었던 노철래, 나경원, 유기준 의원안과 비교하면, 현행 변호사법 제26조에서 단서를 삭제하고 그 본문만을 안 제1항으로 두고 있다. 또한, 노철래, 나경원, 유기준 의원안이 공통적으로 안 제2항을 신설하여 비밀유지권의 내용을 모두 담고 있는 것과 달리 안 제2항 내지 제4항을 신설하여 각각 비밀유지의 주체 및 대상(안 제2항), 적용 예외(안 제3항), 적용 방식(안 제4항)을 비교적 상세히 규정하고 있다. 아래에서 조응천 의원안을 중심으로 비밀유지의 주체, 대상, 방식, 그리고 적용범위 및 예외를 차례로 살펴보고자 한다.

4) 비교 및 검토

조응천 의원안을 비롯하여 앞선 의원안들은 공통적으로 "누구든지" 변호사와 의뢰인 간의 의사교환 내용 등에 대해서 공개 등을 요구할 수 없다고 하고 있다. 즉 일반적인 수사·재판절차 또는 행정절차에서 그 공개 등을 요구할 권한이 있는 법원, 수사기관, 행정기관 등을 규율하고 있다. 결과적으로 이를 통해 현행법상 비밀유지의무를 규정하고 있는 법령들이 변호사에 한정하여 그 공개를 거부할 수 있도록 하고 있는

199) **변호사윤리장전 제18조[비밀유지 및 의뢰인의 권익보호]**
① 변호사는 직무상 알게 된 의뢰인의 비밀을 누설하거나 부당하게 이용하지 아니한다.
② 변호사는 직무와 관련하여 의뢰인과 의사교환을 한 내용이나 의뢰인으로부터 제출받은 문서 또는 물건을 외부에 공개하지 아니한다.
③ 변호사는 직무를 수행하면서 작성한 서류, 메모, 기타 유사한 자료를 외부에 공개하지 아니한다.
④ 제1항 내지 제3항의 경우에 중대한 공익상의 이유가 있거나, 의뢰인의 동의가 있는 경우 또는 변호사 자신의 권리를 방어하기 위하여 필요한 경우에는, 최소한의 범위에서 이를 공개 또는 이용할 수 있다.

것에 반하여 변호사뿐만 아니라 의뢰인, 제3자 등에 대해서도 그 공개를 거부할 수 있도록 하고 있는 것이다.

[표 8] 제19대 내지 제21대 국회 입법안 내용

	노철래 의원안	나경원 의원안	유기준 의원안	조응천 의원안
비밀유지 주체	누구든지			
비밀유지 대상	의뢰인과 변호사 간의 의사교환 내용 및 변호사가 의뢰인을 위하여 작성한 자료 등	변호사와 의뢰인 간 비밀리에 이루어진 의사교환 내용, 변호사가 의뢰인을 위하여 작성한 법률자문 등 자료	변호사 또는 변호사였던 자와 의뢰인 사이에서 법률자문을 목적으로 비밀리에 이루어진 의사교환 내용	1. 직무와 관련하여 변호사와 의뢰인 간 비밀리에 이루어진 의사교환 내용 2. 직무와 관련하여 변호사가 의뢰인으로부터 제출받은 서류나 자료(전자적 형태로 작성·관리되는 것을 포함함) 또는 물건 3. 변호사가 수임받은 사건과 관련하여 작성한 서류나 자료
비밀유지 방식	의뢰인의 의사에 반하여 공개하거나 개시(開示)할 것을 요구할 수 없음	공개를 요구하거나 증거로 사용할 수 없음	공개를 요구할 수 없음	공개, 제출 또는 열람할 것을 요구하여서는 아니 됨. 이를 위반하여 수집한 증거는 증거로 할 수 없음
적용범위	형사절차 외 포함		형사절차 외 포함(단 법률자문 목적에 한정함)	재판 또는 행정절차, 그 밖에 이에 준하는 절차 포함
적용 예외	(의뢰인의 의사에 반하지 않는 경우), 중대한 공익상의 필요가 있는 경우, 법률에 특별한 규정이 있는 경우	의뢰인의 승낙이 있는 경우, 법률에 특별한 규정이 있는 경우		1. 의뢰인의 자발적 승낙이 있는 경우 ※ 승낙을 강요한 자 형사 처벌함 2. 의뢰인이 범죄를 범할 목적으로 법적 자문을 받은 경우 등 중대한 공익상 필요가 있는 경우 3. 의뢰인과 변호사 간 발생한 분쟁에서 변호사가 자신의 권리를 실현하거나 방어하기 위하여 필요한 경우

조응천 의원안은 비밀유지의 대상으로 앞선 의원안들이 정한 내용들을 포괄하여 명시하고 있다. 변호사와 의뢰인 간 비밀리에 이루어진 의사교환 내용, 의뢰인으로부

터 제출받은 서류나 자료 또는 물건, 변호사가 작성한 서류나 자료가 그것이다. 한편으로 그 직무관련성을 명시하거나 수임 여부를 따져 적용범위를 제한하고 있다. 즉 의사교환 내용 및 의뢰인으로부터 제출받은 서류나 자료 또는 물건의 경우 직무관련성이 인정되어야 하며, 변호사가 작성한 서류나 자료의 경우 수임 받은 사건과 관련하여 작성한 것이어야 한다. 의뢰인으로부터 제출받은 서류나 자료에 대해서는 전자적 형태로 작성·관리되는 것을 포함하고 있다. 다만 유기준 의원안은 변호사와 의뢰인 간의 의사교환 중에서도 법률자문을 목적으로 하였을 것, 비밀리에 이루어졌을 것이라는 요건을 갖추었을 때에 한정하여 비밀유지권이 인정될 수 있다는 제한을 두고 있다.

비밀유지의 방식은 조응천 의원안의 경우 공개, 제출, 열람을 요구할 수 없도록 하고 있으며, 이를 위반하여 수집된 증거의 증거능력을 부정하도록 하고 있다. 앞서 노철래 의원안, 유기준 의원안이 공개를 요구할 수 없다고 한 것에서 나아가 나경원 의원안과 같이 증거로 사용할 수 없다고 한 것까지 더하여 규정한 것이다.

그 적용범위에 있어서 조응천 의원안은 "재판 또는 행정절차, 그 밖에 이에 준하는 절차"로 폭넓게 규정하고 있다. 즉 형사절차에서의 수사 및 재판절차뿐만 아니라 민사절차, 행정절차까지 포함하여 변호사와 의뢰인 간 비밀유지권을 인정될 수 있도록 하고 있다. 앞선 의원안들이 그 대상 및 방식을 통해 형사절차 외의 절차에서도 비밀유지권이 적용될 수 있음을 짐작하게 하였던 것과 달리 조응천 의원안의 경우 이를 명시한 것이다. "그 밖에 이에 준하는 절차"의 경우 재판 또는 소송 외 분쟁해결제도(Alternative Dispute Resolution : ADR)를 의미하는 것으로 보이며, 화해, 알선, 조정 중재 등이 해당된다.[200]

그 적용 예외에 있어서는 앞선 의원안들이 공통적으로 정하고 있는 의뢰인의 승낙이 있는 경우를 비롯하여 노철래 의원안에서와 같은 중대한 공익상 필요가 있는 경우,

---

200) 각 중재기관 또는 중재인에 따라 다를 수 있으나, 적어도 국제상사중재에 있어 의뢰인과 변호사 간 통신에 관한 사항에 대해서는 문서, 진술 등 개시를 요구할 수 없다. 예를 들어 국제법조협회가 2010년 제정한 「IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration」에 따르면, 국제상사중재를 주재하는 재판정이 적용되는 것으로 판단한 법령이나 윤리규칙에 항변사유 또는 비닉특권이 있는 경우 증거에서 배제된다(日本弁護士連合会, "弁護士と依頼者の通信秘密保護制度に関する最終報告", 2016. 2., 15면; International Bar Association, "IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration", Article 9.2(b), 9.3 참조).

그리고 조응천 의원안에서 독자적으로 의뢰인과 변호사 간 발생한 분쟁에서 변호사가 자신의 권리를 실현하거나 방어하기 위하여 필요한 경우를 들고 있다. 또한, 중대한 공익상 필요가 있는 경우로서 “의뢰인이 범죄를 범할 목적으로 법적 자문을 받은 경우 등”으로 구체화하여 명시하고 있다. 앞선 의원안들과 전혀 다른 것은 의뢰인의 승낙이 있는 경우에 있어 이를 강요한 자를 1년 이하의 징역 또는 1천만 원 이하의 벌금에 처하는 벌칙규정에 추가한 것이다.

[표 9] 제19대 내지 제21대 국회 입법안 전체

현행	제19대	제20대		제21대
	노철래의원안 (제8201호, 임기만료 폐기)	나경원의원안(제9774호, 임기만료 폐기) 유기준의원안(제11628호, 임기만료 폐기)		조응천의원안 제22526호(임기만료 폐기) 제697호(법제사법위원회 심사 중)
제26조(비밀유지의무 등) 변호사 또는 변호사이었던 자는 그 직무상 알게 된 비밀을 누설하여서는 아니 된다. 다만, 법률에 특별한 규정이 있는 경우에는 그러하지 아니하다.	제26조(비밀유지의무 등) ① (현행 제목 외의 부분과 같음)	제26조(비밀유지의무 등) ① (현행 제목 외의 부분과 같음)		제26조(비밀유지의무 및 의뢰인의 권익보호) ① ---------- ---------- ---------- ---------- ----------. 〈단서 삭제〉
〈신 설〉	② 누구든지 의뢰인과 변호사 간의 의사교환 내용 및 변호사가 의뢰인을 위하여 작성한 자료 등을 의뢰인의 의사에 반하여 공개하거나 개시(開示)할 것을 요구할 수 없다. 다만, 중대한 공익상의 필요가 있거나 법률에 특별한 규정이 있는 경우에는 그러하지 아니하다.	② 누구든지 변호사와 의뢰인 간 비밀리에 이루어진 의사교환 내용 또는 변호사가 의뢰인을 위하여 작성한 법률자문 등 자료에 대하여 공개를 요구하거나 이를 증거로 사용할 수 없다. 다만, 의뢰인의 승낙이 있거나 법률에 특별한 규정이 있는 경우에는 그러하지 아니하다.	② 누구든지 법률에 특별한 규정이 있거나 의뢰인의 승낙이 있는 경우를 제외하고는 변호사 또는 변호사이었던 자와 의뢰인 사이에서 법률자문을 목적으로 비밀리에 이루어진 의사교환 내용의 공개를 요구할 수 없다.	② 누구든지 다음 각 호의 사항에 대하여 공개, 제출 또는 열람할 것을 요구하여서는 아니 된다. 1. 직무와 관련하여 변호사와 의뢰인 간 비밀리에 이루어진 의사교환 내용 2. 직무와 관련하여 변호사가 의뢰인으로부터 제출받은 서류나 자료(전자적 형태로 작성·관리되는 것을 포함한다. 이하 이 조에서 같다) 또는 물건 3. 변호사가 수임받은 사건과 관련하여 작성한 서류나 자료

현행	제19대	제20대		제21대
	노철래의원안 (제8201호, 임기만료 폐기)	나경원의원안(제9774호, 임기만료 폐기) 유기준의원안(제11628호, 임기만료 폐기)		조응천의원안 제22526호(임기만료 폐기) 제697호(법제사법위원회 심사 중)
〈신 설〉				③ 제1항 및 제2항에도 불구하고 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 제1항 또는 제2항을 적용하지 아니한다. 1. 의뢰인의 자발적 승낙이 있는 경우 2. 의뢰인이 범죄를 범할 목적으로 법적 자문을 받은 경우 등 중대한 공익상 필요가 있는 경우 3. 의뢰인과 변호사 간 발생한 분쟁에서 변호사가 자신의 권리를 실현하거나 방어하기 위하여 필요한 경우
〈신 설〉				④ 제1항 또는 제2항을 위반하여 수집한 증거는 재판 또는 행정절차, 그 밖에 이에 준하는 절차에서 증거로 할 수 없다.
제113조(벌칙) 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 1년 이하의 징역 또는 1천만 원 이하의 벌금에 처한다.				제113조(벌칙) ----------.
1. ~ 3. (생 략)				1. ~ 3. (현행과 같음)
〈신 설〉				3의2. 제26조제3항 제1호의 승낙을 강요한 자
4. ~ 7. (생 략)				4. ~ 7. (현행과 같음)

나. 형사소송법 개정안

제19대 내지 제21대 국회 입법안은 일관되게 「변호사법 일부개정법률안」에 국한되어 있다. 이는 변호사와 의뢰인 간 비밀유지권이 현행 법제의 변호사의 비밀유지의무와 개념적·체계적으로 완전히 구별되는 것으로 보기 어렵다는 인식에서 비롯된 것으로 보인다.

비밀유지권이 변호사의 직업윤리뿐만 아니라 증거법의 관점에서 파악될 수 있고, 실제 도입 시 증거법 영역에 미칠 영향을 신중하게 고려할 수밖에 없다는 점에서 소송법에서의 개정이 고려될 수 있다. 형사소송법 및 민사소송법 개정의 경우 해당 절차에 대해서만 비밀유지권이 행사될 수 있으므로, 그 적용범위와 한계에 관한 통제나 예측이 변호사법 개정에 비하여 용이할 수 있다. 비교법적으로도 미국이 연방증거규칙에서 비닉특권을 규정하고 있으며, 독일과 프랑스는 변호사법이 있으나 비닉특권에 관한 내용은 소송법에서 규정하고 있다.

그러나 우리 변호사법이 변호사와 의뢰인의 정의와 관계를 규정하고 있는 기본법인 점, 변호사법에서 비밀유지의무를 규정하고 있고 비밀유지권은 동일한 내용의 비밀에 대해서 이를 보호할 수 있는 권리인 점, 변호사법에서 비밀유지권을 일반조항으로 규정함으로써 수사·공판절차에서 행정조사까지 폭넓게 적용범위를 인정할 수 있는 점, 나아가 그에 대한 일체의 침해에 대해 배제를 청구할 수 있는 권리가 의뢰인에게 있음을 선언하는 것이라는 점, 이 같은 점들로 인해 비밀유지권에 대한 의뢰인·국민의 기본권을 최대로 보장할 수 있을 것이 기대되는 점 등에서 변호사법 개정안이 타당한 것으로 생각된다.[201]

한편으로 변호사법에 비밀유지권을 일반조항으로 규정한다 하더라도, 형사소송법 및 민사소송법에서 증언거부권 등 해당 조항과 관련된 문제점이나 미비점은 검토·개정될 수 있다.[202] 예를 들어 증언거부권 등의 주체가 변호사로 규정되어 있어 의뢰인이 이를 행사하는 것이 가능하지 않으므로 의뢰인의 동의 또는 포기 없이 원칙적으로

---

201) 손창완, '미국법상 비닉권과 변호사·의뢰인 간 의사교환의 보호', "인권과 정의 485", 대한변호사협회, 2019, 22면; 한애라, '변호사 비밀유지권 도입 정책토론회', "변호사 비밀유지권 도입 정책 토론회 자료집", 국회 조응천 의원실·대한변호사협회, 2019, 32면.

202) 김제완, '변론권 보장과 변호사의 비밀유지권-법적 근거와 제도개선방안을 중심으로', "변론권 보장과 변호사의 비밀유지권 토론회", 대한변호사협회, 2016, 27면.

변호사가 비밀을 공개할 수 없다고 보완할 수 있다. 또한 형사소송법에서 증언거부권 및 압수거부권의 예외사유로 규정하고 있는 "중대한 공익상 필요가 있는 때"의 경우 지나치게 추상적이므로 이를 보다 구체적인 표현으로 수정할 수 있다.

2. 「변호사법 일부개정법률안」의 입법방향

가. 비밀유지권의 향유 주체 : 의뢰인

변호사와 의뢰인 간 의사교환은 의뢰인에 대한 법률서비스 제공을 위한 것으로서 그 내용의 비밀유지에 있어 가장 큰 이해관계를 가지는 사람은 의뢰인이므로, 그 공개 여부를 결정할 수 있는 권한은 의뢰인에게 부여하는 것이 타당하다.[203] 우리 형사소송법 및 민사소송법이 변호사의 증언거부권 등에 있어서 의뢰인의 승낙이 있는 경우 이를 인정하지 않도록 하는 데에는 그 같은 관점이 어느 정도 반영된 것으로 보인다. 그러나 해당 절차에서 증언거부권 등을 행사하거나 변호사법 제26조에 의해서 직무상 비밀유지의무를 부담하는 주체는 어디까지나 변호사이다. 이에 따라 변호사가 증언거부권 등을 행사하지 않거나 비밀유지의무를 해태하는 경우 의뢰인으로서는 자신의 의사에 반하여 비밀누설의 위험이나 불이익을 방지할 수 없어 불합리하다.[204]

변호사와 의뢰인 간 비밀유지권의 법적 근거는 헌법상 변호인의 조력을 받을 권리 내지 공정한 재판을 받을 권리이며, 이는 변호사가 변호인으로서 피의자·피고인, 피체포자 등을 조력할 권리와 구별된다. 후자의 경우 피의자·피고인, 피체포자 등이 변호인의 조력을 받을 권리를 보장하기 위해 개별법률에서 인정하고 있는 법률상 권리일 뿐이다.[205] 미국의 변호사와 의뢰인 간 특권(ACP)의 경우를 참고할 수 있는데, 그 주체는 오로지 의뢰인이며,[206] 변호사는 의뢰인의 비밀을 보장할 책임을 부담하는 자로서 비밀공개를 요구받을 경우 의뢰인을 위해서 그 특권을 주장할 수 있을 뿐이

---

203) 최승재, "변호사와 의뢰인 사이의 비밀보호를 위한 제도 연구", 법률신문사, 2013, 249면.
204) 최승재, "변호사와 의뢰인 사이의 비밀보호를 위한 제도 연구", 법률신문사, 2013, 249면.
205) 헌법재판소 2015. 7. 30. 선고 2012헌마610 결정.
206) 남수진, '변호사-의뢰인 비닉특권의 도입 요구에 앞서 미국의 제도와 경험의 시사점', "서울법학 26 (2)", 서울시립대학교 법학연구소, 2018, 500면.

다.[207]

다시 말해 비밀유지권의 향유 주체는 그 입법취지와 법적 근거를 고려하여 의뢰인임을 분명히 하며, 동시에 의뢰인의 그러한 권리에 대한 변호사의 보호의무도 보다 강화해야 한다고 생각된다. 따라서 현행 변호사법 제26조 본문을 안 제26조 제1항에 두고, 비밀유지의무의 예외사유로서 그 단서인 "다른 법률에 특별한 규정이 있는 경우"를 삭제한 것은 바람직하다. 그 같은 예외사유를 두지 않는다 하더라도 그 권리를 제한하기 위해 다른 법률이 제·개정될 수 있음은 당연하고, 변호사법과 다른 법률과의 우열은 일반적인 법원칙에 따라 가리는 것으로 충분하기 때문이다.[208]

나. 비밀유지의 대상 : 의사교환 내용 및 서류나 자료

변호사와 의뢰인 간 비밀유지권의 적용대상이 되는 것은 크게 의사교환 내용 및 의뢰인으로부터 제출받거나 이에 기초하여 변호사가 작성한 서류나 자료이다. 이들은 의뢰인의 변호인의 충분한 조력을 받을 권리 또는 실질적인 방어권의 보장을 위해 필수적으로 그 내용에 관한 비밀유지를 요한다는 점에서 마땅히 그 적용대상이 될 수 있다. 이때 보호대상은 의사교환의 내용이 담긴 이상 구두 또는 문서·기록에 의한 것임을 불문하고, 전화, 전자메일, SNS 등 매체에 남겨진 모든 내용이 되는 것이 바람직하다.[209]

다만 의뢰인이 자신의 조력권이나 방어권을 보장받는 것과 무관하게 단순히 공개를 피하기 위해서 변호사에게 의사를 말해두거나 서류나 자료를 맡겨두는 것으로서 비밀유지권이 남용되어서는 안 된다. 이에 아래와 같은 몇 가지 제한을 둘 수 있으나, 역시 비밀유지권의 입법취지와 법적 근거를 고려하여 그 제한이 적정한지 여부를 살펴볼 것이며, 앞서 검토한 국회 입법안들에 대한 코멘트를 덧붙일 것이다.

첫째, 직무와 관련하여 의뢰인과 의사교환한 내용 및 의뢰인이 제출한 서류·자료에 한하여 비밀유지권을 인정할 수 있다. 이는 현행 변호사법 제26조 변호사의 비밀유지

---

207) Klitzman, Klitzman & Gallagher v. Krut, 744 F.2d 955, 957 (3d Cir. 1984).
208) 최승재, "변호사와 의뢰인 사이의 비밀보호를 위한 제도 연구", 법률신문사, 2013, 258면.
209) Susan R. Martyn·Lawrence J. Fox·W. Bradley Wendel, "The Law Governing Lawyers-National Rules, Standards, Statutes, and State Lawyer Codes(2011-2012 Edition)", Wolters Kluwer, 2019. 201~203면.

의무의 적용대상이 “직무상 알게 된 비밀”인 것과 변호사윤리장전 제18조 제2항이 “직무와 관련하여” 또는 “직무를 수행하면서” 제출받거나 작성된 서류·자료에 대한 비밀유지를 규정하고 있는 것에 대한 해석을 참고할 수 있다. 즉 이 같은 직무관련성의 경우 변호사가 의뢰인의 사건을 상담하거나 처리하는 과정에서 알게 된 것으로서 의뢰인의 이익보호를 위해 수임하지 않은 사건에 관한 비밀이나 의뢰인의 사건과 무관하게 여겨지는 비밀, 직무 수행 중 의뢰인과의 사적 관계를 통해 알게 된 비밀이 포함되기도 한다.[210]

만일 직무 관련성에서 나아가 수임 여부를 따져 수임한 사건과 관련된 서류나 자료에 대해서만 비밀유지권을 인정하는 경우 이는 그 적용범위를 지나치게 제한하는 것으로서 바람직하지 못하다고 생각된다. 또한, 변호사가 작성한 서류나 자료란 영미법에서 말하는 업무결과물(work product)에 해당하는데, 미국에서는 이를 변호사와 의뢰인 간 의사교환에 따른 것이 아니라고 하더라도 폭넓게 보호되고 있다.[211] 조응천 의원안(의안번호 제22526호, 제697호)은 이와 반대로 업무결과물에 대해 수임한 사건과 관련하여 작성된 경우에 한정하고 있는데, 변호사의 비밀유지의무를 규정하고 있는 현행 변호사법이나 변호사윤리장전보다 그 보호범위를 좁힌 것으로서 의뢰인의 비밀유지권을 규정하는 입법취지에 부합하지 않는다고 할 수 있다.

한편 영미법의 변호사와 의뢰인 간 특권(ACP)은 변호사와 의뢰인 간의 의사교환이 법률서비스를 제공하려는 목적이 있는 경우에 한하여 적용된다. 이에 대해 유기준 의원안(의안번호 제11628호)이 “법률자문을 목적으로” 이루어진 의사교환 내용을 보호하고 있다. 이에 따르면 의뢰인이 사실조사를 의뢰하거나 사무적·행정적 업무를 제공받기 원한 경우 법률자문을 주된 것으로 하여 부수적으로 요청한 것이 아닌 한, 보호범위에서 벗어나게 된다.[212] 그러나 이 같은 제한은 직무 관련성과 내용상 크게 다르지 않고, 실무에서 변호사에게 요청할 수 있는 법률서비스가 다종·다양한 데 비추어 그다지 실효성 있는 제한으로 보이지 않는다.

둘째, 변호사와 의뢰인 간의 의사교환이 비밀리에 이루어져야 한다. 이는 앞서 직무

---

210) 정형근, “변호사법 주석”, 피앤씨미디어, 2016, 177면.
211) 손창완, ‘미국법상 비닉권과 변호사·의뢰인 간 의사교환의 보호’, “인권과 정의 485”, 대한변호사협회, 2019, 23면.
212) 손창완, ‘미국법상 비닉권과 변호사·의뢰인 간 의사교환의 보호’, “인권과 정의 485”, 대한변호사협회, 2019, 13면.

관련성과 달리 현행 변호사법이나 변호사윤리장전에서는 찾아볼 수 없으며, 영미법의 변호사와 의뢰인 간 특권(ACP)을 참고한 것으로 보인다. 이 특권에 따르면 의사교환 중에서도 외부에 공개되지 않을 것이 의도된 내용에 대해서만 보호되며, 공개 여부에 관한 의뢰인의 의도는 비밀유지의 의지, 의사교환의 성질, 합리적인 사람이라면 비밀유지를 의도한다고 결론 내릴만한 사전적 주의 등 의뢰인의 진술, 행동 등을 포함한 정황으로부터 추론될 수 있다.[213] 의사교환의 비밀성이 무엇을 의미하는지 불명확하고, 그 같은 제한에 마땅한 이유가 없다는 지적도 있다.[214] 그러나 이를 통해 의뢰인으로서는 공개 여부에 대한 명시적인 의사표시를 하지 않는 한 변호사와의 의사교환이 비밀에 해당한다는 원칙을 확인할 수 있다는 점에서 의뢰인의 이익을 위해 그 비밀성을 규정할 수 있다고 생각한다.

셋째, 전자적 형태의 서류나 자료를 포함할 것인지 여부가 문제될 수 있다. 이는 앞선 의원안들과 달리 조응천 의원안(의안번호 제22526호, 제697호)에 이르러 최초로 등장한 것으로서 변호사가 의뢰인으로부터 제출받거나 변호사가 작성한 서류나 자료에 대해서 전자적 형태로 작성·관리되는 것을 포함한다고 규정하고 있다. 이는 현대사회에서 다수의 문서가 컴퓨터 등 전자매체를 통해 작성·저장되거나 송·수신되는 현실을 반영하여 그 같은 전자문서에 대해서도 의뢰인이 제출한 것으로 인정하여 보호하고자 하는 취지로 타당하다고 판단된다.[215]

넷째, 변호사가 의뢰인으로부터 제출받은 물건에 대해서도 비밀유지권이 적용되어야 한다. 이는 전자적 형태의 서류나 자료와 마찬가지로 조응천 의원안(의안번호 제22526호, 제697호)에서 최초로 등장한 규정이다. 현행 비밀유지제도에서 비록 변호사의 물건에 대한 압수거부권이 규정되어 있다 하더라도, 앞서 제3장 대한변호사협회의 비밀유지권 침해 조사 결과에서 드러나듯 현실적으로 이를 행사하기 어렵고, 임의제출이 강요되는 등 우회적인 방식이 자행되고 있다. 무엇보다 압수거부권의 주체가 아닌 의뢰인이 이를 소지하고 있을 경우 쉽게 압수·수색의 대상이 된다는 점에서 비밀유지권의 적용대상에 서류나 자료뿐만 아니라 물건을 포함시킬 필요성이 인정된

213) 손창완, '미국법상 비닉권과 변호사·의뢰인 간 의사교환의 보호', "인권과 정의 485", 대한변호사협회, 2019, 12면.
214) 성중탁, '토론문', "변호사 비밀유지권 관련 토론회", 국회 나경원 의원실·대한변호사협회, 2017, 22면.
215) 전자문서 및 전자거래 기본법 제2조 등.

다고 할 수 있다.

다. 비밀유지의 방식 : 공개, 제출의 요구 또는 열람의 금지

비밀유지의 방식은 "누구든지", 즉 국가기관 또는 제3자 등이 변호사와 의뢰인 간의 의사교환의 내용 등에 대해 공개, 제출을 요구하거나 열람할 수 없게 하는 것이다. 현행 변호사법 및 변호사윤리장전이 변호사의 비밀유지의무를 규율하면서 그 누설 또는 부당한 이용을 금지하는 것과 비교하여 애초에 공개, 제출, 열람을 금지한다는 점에서 보다 적극적인 의미에서 비밀유지가 보장되는 결과에 이른다고 평가될 수 있다.

다만 조응천 의원안(의안번호 제22526호, 제697호)은 문언상 "공개, 제출 또는 열람할 것을 요구하여서는 아니 된다"고 표현하고 있으나, 이는 다소 어색하다. 국가기관 등이 수사·공판 등의 목적에 따라 의뢰인 또는 변호사에게 의사교환의 내용 등의 공개 또는 제출을 요구할 수는 있으나, 의뢰인이나 변호사 또는 제3자로 하여금 이를 열람하도록 요구하는 경우는 상정하기 어렵다. 일반적으로 열람의 대상은 사건·재판 기록, 개인정보 등 국가기관이 제공하는 정보이고, 이에 대한 열람·등사권은 의뢰인의 변호인의 조력을 받을 권리로 인정된다. 의뢰인이 의견교환의 내용 등 자신에 관한 정보를 열람함으로써 침해되는 성질의 것이 아니며, 오히려 국가가 이를 열람하는 경우가 침해에 해당할 수 있다.

주목할 만한 것은 나경원 의원안(의안번호 제9774호)이 비밀유지권을 위반하여 수집한 증거에 대해 그 증거능력을 부정한 데 더하여 조응천 의원안(의안번호 제22526호, 제697호)은 비밀유지의무를 위반하여 수집한 증거에 대해서도 그 증거능력을 부정한 데 있다. 즉 쟁점은 비밀유지권 및 비밀유지의무 위반을 통해 수집한 증거의 증거능력을 배제하는 것이 타당한지 여부이다. 증거능력을 다투는 경우 소송법·증거법의 영역, 특히 형사절차에 미칠 영향이 지대할 것이 예상되기 때문이다. 해당 조항의 취지는 이를 통해 비밀유지권에 대한 침해 주체인 국가기관의 경각심을 고양하고 그 침해 결과를 보다 강한 수준에서 제재함으로써 비밀유지권을 실질적으로 보장하고자 한 것으로 짐작된다.

그러나 우리 형사소송법은 2007년 위법수집증거배제법칙을 명문화하였으며,[216]

이때 "적법한 절차"는 헌법이 천명한 적법한 절차와 동일한 의미를 가진다.[217] 즉 비밀유지권 이외에 여타의 변호인의 조력을 받을 권리의 내용이 되는 권리를 침해하거나 형사소송법의 다른 절차를 위반하여 수집한 증거가 모두 위법수집증거배제법칙에 의거하여 그 증거능력이 판단된다는 점에서 비밀유지권을 위반하여 수집한 증거를 달리 취급할 필요성이 부정된다. 나아가 비밀유지의무의 경우 변호사의 직업윤리에 가까운 규정으로서 이는 소송법의 영역에서 다투어야 할 증거능력으로 규율하는 것은 바람직하지 못하다.

라. 비밀유지의 적용범위 : 형사절차, 민사·행정절차 전반

앞서 변호사와 의뢰인 간 비밀유지권의 도입 필요성을 헌법상 변호인의 조력을 받을 권리 및 적법절차의 원칙에서 찾은바 있다(헌법 제12조 제1항, 제3항, 제4항).

헌법재판소는 그간 형사절차에서 변호인의 조력을 받을 권리의 내용을 확대·전개해왔으며, 비밀유지권에 대해서도 헌법상 변호인의 조력을 받을 권리의 내용으로 인정할 수 있음을 확인하였다. 이 같은 변호인의 조력을 받을 권리로서 비밀유지권은 의뢰인이 피의자·피고인의 지위에 있는 경우뿐만 아니라 피혐의자, 피내사자, 피해자, 참고인의 지위에 있는 경우에도 폭넓게 보장받아야 마땅하다고 판단하였다.

적법절차의 원칙은 문언상 형사절차, 특히 인신 구속을 염두에 두고 규정되었으나, 오늘날 반드시 형사절차에 국한하여 적용될 것은 아니어서 형사절차뿐만 아니라 국가기관이 주재하는 민사·행정절차에 있어서도 적법절차의 원칙이 준수되어야 한다고 보았다. 또한, 비밀유지권의 침해 실태에 비추어 조사·수사 또는 소송절차 전반에서 국가기관이 권한 남용을 통해 실체적 진실 발견을 우선시하였으며, 그러한 실체적 진실 발견에 대한 제한이자 공정한 절차를 실현하기 위한 장치로서 비밀유지권의 도입을 주장하였다.

결론적으로 비밀유지권의 보호는 형사절차에서 수사·공판절차는 물론이고, 민사·행정절차에 있어 조사에서 소송에 이르기까지 의뢰인의 법적 지위를 막론하고 광범위

---

216) **형사소송법 제308조의2(위법수집증거의 배제)** 적법한 절차에 따르지 아니하고 수집한 증거는 증거로 할 수 없다.

217) 신동운, "간추린 신형사소송법(제12판)", 법문사, 2020, 592면.

하게 적용되어야 한다. 이를 조응천 의원안(의안번호 제22526호, 제697호)과 같이 "재판 또는 행정절차, 그 밖에 이에 준하는 절차"로 특정하여 규정하지 않는다 하더라도, 변호사법에서 일반조항으로 규정하는 이상 의뢰인·국민에 대해 기본권적 성격을 가지는 비밀유지권을 충분히 보장할 수 있을 것이 기대된다.

마. 비밀유지의 적용한계

비밀유지의 적용한계, 즉 비밀유지의 해제 기준을 정하는 데에는 다음의 두 가지 의의가 있다.

먼저 그간 변호사법에서 비밀유지의무를 규정하고 대한변호사협회 회칙인 변호사윤리장전에서 그 예외사유를 두는 입법형식이 적법한 것인지 내지 법률유보의 원칙을 위배하여 위헌인지 여부에 대한 논란이 있었으나,[218] 이를 변호사법에 통일하여 규정함으로써 입법적 미비를 해소할 수 있게 되었다. 다음으로 비밀유지의무와 비밀유지권이 각각 의무와 권리, 직업윤리와 증거법 등으로 달리 파악되어왔음에도 불구하고, 양자에 있어 동일한 예외사유를 마련함으로써 우리 비밀유지제도를 조화롭고 균형있게 정비할 수 있게 된 것이다. 예외사유는 아래와 같이 세 가지로 정리될 수 있다. 다만 비밀유지의 권리와 의무가 해제될 수 있는 예외사유를 규정한다 하더라도, 필요한 최소한의 범위에서 그러함을 명시하였다. 또한 해석에 있어서도 극히 제한적인 경우에 이를 허용하도록 해야 한다고 생각된다.

첫째, 의뢰인의 승낙이 있는 경우이다. 현행 변호사윤리장전 제18조 제4항에서 "의뢰인의 동의가 있는 경우"로 표현하고 있으며, 나경원, 유기준, 조응천 의원안(의안번호 제9774호, 제11628호, 제22526호, 제697호)은 이를 "의뢰인의 (자발적) 승낙이 있는 경우"로 규정하였다.[219] 이는 소송법상 증언과 관련된 규정에서도 찾아볼 수 있다. 즉 형사소송법상 변호사의 압수거부권 및 증언거부권에 있어 의뢰인의 승낙이

---

218) 정형근, "변호사법 주석", 피앤씨미디어, 2016, 187면.

219) 엄밀히 말해 동의와 승낙은 다른 개념이다. 민법에서 동의는 어떤 자의 행위를 찬성하는 의사표시 또는 그 표시를 요소로 하는 단독행위이며, 동의에서 찬성하는 의사표시는 어떤 자의 행위와는 반대방향이 아니라는 점에서 계약의 요소인 승낙과 다르다(강태성, '민법에서의 「승인·승낙·동의·허락·추인」에 대한 검토 및 개정안', "민사법의 이론과 실무 19 (3)", 민사법의 이론과 실무학회, 2016, 22면).

있는 경우를 예외로 할 수 있고(형사소송법 제112조, 제149조), 민사소송법상 문서제출 또는 증언에 대해 "직무상 비밀을 지킬 의무가 면제된 경우"가 의뢰인의 승낙을 의미한다(민사소송법 제315조 제2항).[220] 의뢰인의 동의는 변호사의 비밀공개를 단순히 찬성하는 의사표시일 수 있으나, 승낙의 경우 보다 적극적인 개념으로서 의뢰인이 그 주체로서 비밀공개 여부를 판단·결정한다는 의미에서 승낙이 보다 적절한 용어로 판단된다.

비밀의지의무와 비밀유지권은 본질적으로 의뢰인의 이익을 위한 것으로서 의뢰인은 이를 포기한다는 의사표시를 통해 변호사의 비밀공개를 승낙할 수 있으며, 변호사가 비밀공개의 승낙을 받은 이후에도 그 비밀은 의뢰인의 이익을 위해서만 사용되어야 한다. 또한, 이때의 승낙은 그 대상이 되는 비밀이 무엇인지 특정된 것으로서 의뢰인이 분별력을 가지고 하는 승낙이어야만 한다.[221] 미국 변호사협회의 변호사직무에 대한 모범규칙(Model Rules of Professional Conduct)은 이를 "설명 있는 동의(informed consent)"로 표현하고 있으며,[222] 이는 변호사로부터 주요한 위험 부담과 제안된 행위방침에 관한 상당한 범위 내에서 가용한 대체수단에 관하여 충분한 정보를 제공받고 설명을 들은 후에 그 같은 행위방침에 합의하는 것이라고 정의되고 있다.[223]

덧붙여 조응천 의원안(의안번호 제22526호, 제697호)은 의뢰인의 승낙을 강요한 자를 1년 이하의 징역 또는 1천만 원 이하의 벌금에 처하는 벌칙규정에 추가하고

---

220) **민사소송법 제315조(증언거부권)** ① 증인은 다음 각호 가운데 어느 하나에 해당하면 증언을 거부할 수 있다.
1. 변호사·변리사·공증인·공인회계사·세무사·의료인·약사, 그 밖에 법령에 따라 비밀을 지킬 의무가 있는 직책 또는 종교의 직책에 있거나 이러한 직책에 있었던 사람이 직무상 비밀에 속하는 사항에 대하여 신문을 받을 때
2. 기술 또는 직업의 비밀에 속하는 사항에 대하여 신문을 받을 때
② 증인이 비밀을 지킬 의무가 면제된 경우에는 제1항의 규정을 적용하지 아니한다.

221) 박상근, '송무변호사의 윤리와 책임', "法律家의 倫理와 責任", 서울대학교 법과대학, 2003, 251면.

222) American Bar Association, Model Rules of Professional Conduct 1.6 (a) A lawyer shall not reveal information relating to the representation of a client unless the client gives informed consent, the disclosure is impliedly authorized in order to carry out the representation or the disclosure is permitted by paragraph (b).

223) American Bar Association, Ethics 2020-Rule 1.0 Terminology (e) "Informed consent" denotes the agreement by a person to a proposed course of conduct after the lawyer has communicated adequate information and explanation about the material risks of and reasonably available alternatives to the proposed course of conduct.

있다. 그러나 형법 제123조의 직권남용죄 또는 동법 제324조의 강요죄 등이 그와 유사한 행위태양을 규율하고 있어 이를 통해 처벌할 수 있다는 점에서 형사처벌까지 부과하는 것은 재고되어야 한다.[224]

둘째, 중대한 공익상 필요가 있는 경우이다. 현행 변호사윤리장전 제18조 제4항, 형사소송법의 압수거부권 및 증언거부권이 예외사유로서 중대한 공익상 필요를 명시하고 있으며(형사소송법 제112조, 제149조), 노철래 의원안(의안번호 제8201호)과 조응천 의원안(의안번호 제22526호, 제697호)이 이를 규정하였다.

공익의 개념과 적용범위에 대해서는 주로 의뢰인의 범죄행위에 관하여 의뢰인의 비밀을 개시할 수 있는지 여부를 중심으로 논의가 전개되어왔다. 우선 생명이나 신체에 중대한 피해를 야기하는 범죄행위의 경우 변호사가 비밀유지의 대상에서 제외되나, 재산범죄의 경우 가급적 비밀유지의 대상에 포함하되 그 결과의 중대성, 범행의 규모, 악질의 정도, 피해의 양과 질 등을 고려하여 예외적인 경우에 한하여 비밀을 개시할 수 있다.[225] 한편 생명이나 신체적 이익과 재산상 이익의 구분 이외에 비밀을 변호사가 의뢰인으로부터 지득한 비밀의 내용에 관한 것인지 또는 그러한 비밀의 존재 여부 및 근거에 관한 것인지를 구분하여 전자는 엄격하게 보호되어야 하나, 후자에 대해서는 공과의 관계에서 보호범위를 탄력적으로 결정해야 한다는 견해도 있다.[226]

또한, 이미 종료된 범죄행위는 설사 그것이 사상자를 야기한 것이라고 하더라도 변호사에게 비밀유지를 인정하고, 반면 장래 범죄행위를 예방하거나 현재 행해지고 있는 범죄행위의 손해를 최소화하기 위한 경우에 한하여 공익상 이유로 비밀유지의 예외로 할 수 있다.[227] 이 같은 해석은 미국 변호사협회의 변호사직무에 대한 모범규칙(Model Rules of Professional Conduct) 등을 참고하여 개진된 것으로 보인다.[228]

---

224) 국회 법제사법위원회, '변호사법 일부개정법률안 검토보고', 2020. 7., 8면.

225) 박휴상, "법조윤리(제3판)", 피데스, 2011, 190~191면; 이상수, "법조윤리의 이론과 실제", 서강대학교 출판부, 2009, 174면; 최진안, "법조윤리(제2판)", 세창출판사, 2012, 140면.

226) 최진안, "법조윤리(제2판)", 세창출판사, 2012, 138면.

227) 박휴상, "법조윤리(제3판)", 피데스, 2011, 175면.

228) American Bar Association, Model Rules of Professional Conduct 1.6 (b) A lawyer may reveal information relating to the representation of a client to the extent the lawyer reasonably believes necessary:
(1) to prevent reasonably certain death or substantial bodily harm;
(2) to reveal the client's intention to commit a crime and the information necessary to

또한, 우리 법제에서 영미법의 변호사와 의뢰인 간 특권(ACP)과 같은 비밀유지권이 인정된다고 판단하였던 하급심 판결의 경우 그 적용한계를 상세히 설시하고 있어 주목할 만하다.[229]

조응천 의원안(의안번호 제22526호, 제697호)의 경우 중대한 공익상 필요에 대해서는 그간 중대한 공익상 필요라는 예외사유가 지나치게 추상적이고 그 판단 기준이나 주체가 모호하다는 비판을 의식한 듯,[230] "의뢰인이 범죄를 범할 목적으로 법적 자문을 받은 경우 등"을 명시하였다. 그런데 이제까지 논의가 의뢰인의 범죄행위에 관하여 의뢰인의 비밀을 개시할 수 있는지 여부를 중심으로 전개된 것은 형사절차 내지 증거법의 영역에서 변호사가 압수 또는 증언을 거부할 수 있는지 여부에 초점이 맞추어져 있었기 때문인 것으로 보인다.

그러나 변호사와 의뢰인 간 비밀유지권의 명문화에 있어 그 입법취지와 법적 근거를 고려하여 비밀유지의 적용범위를 국가기관이 주재하는 모든 절차로 확대한 이상, 굳이 "의뢰인이 범죄를 범할 목적으로 법적 자문을 받은 경우"에 국한하여 명시하거나 이를 열거가 아닌 예시조항으로 두는 것은 실효성이 적다고 생각된다. 중대한 공익상 필요의 개념과 적용범위를 명확히 함으로써 변호사의 비밀유지의무 및 국가기관의 비밀유지권 준수에 대한 행위규범으로서 기능을 제고할 필요성은 여전히 인정된다. 그러나 위와 같이 법률에 규정하기보다, 형사소송법 등 기존의 법률에 대한 학계의

---

prevent the crime;

(3) to prevent the client from committing a fraud that is reasonably certain to result in substantial injury to the financial interests or property of another and in furtherance of which the client has used or is using the lawyer's services;

(4) to prevent, mitigate or rectify substantial injury to the financial interests or property of another that is reasonably certain to result or has resulted from the client's commission of a crime or fraud in furtherance of which the client has used the lawyer's services;

229) 한편, 의뢰인의 보호를 위하여 의뢰인에게 위 특권이 인정된다면, 그 특권은 ① 전문적인 법률적 조언자로서의 지위에 기초하여 법률자문가가 행하는 모든 종류의 법률 자문에 관하여, ② 법률 자문의 목적과 관련된 그 의사 교환이 의뢰인에 의하여 신뢰를 바탕으로 비밀리에 이루어졌다면, ③ 의뢰인의 요구에 따라 영원히, ④ 의뢰인 자신이나 법률자문을 한 자에 의한 공개로부터 보호받는 것이라고 볼 수 있다. 다만, 의뢰인 스스로 그 보호를 포기하는 경우는 예외에 해당할 것이고, 또한, 의뢰인이 이미 저지른 범죄와 관련하여 변호인에게 법률자문을 구하는 경우와 달리 그 의사 교환이 의뢰인이 자신이 장래에 행할 위법한 행위를 위한 것인 경우에는 위 특권의 보호 대상에서 제외된다고 봄이 상당하다(서울중앙지방법원 2008. 10. 9. 선고 2007고합877 판결).

230) 정주백, '제2주제 토론문-헌법상 변호인의 조력을 받을 권리와 변호사·의뢰인의 비밀보장', "한국헌법학회·사법정책연구원 공동학술대회-직무상 비밀에 대한 헌법상 보호", 2016, 89~90면.

논의와 판례, 사례 등을 분석하여 유형론적으로 해석함으로써[231] 그 내용과 입법형식을 결정하되 단기적으로는 변호사윤리장전에 이를 규정하는 것이 타당하다.[232]

셋째, 변호사가 자신의 권리를 방어하기 위하여 필요한 때이다. 현행 변호사윤리장전 제18조 제4항에서 "변호사 자신의 권리를 방어하기 위하여 필요한 경우"로 규정하고 있다. 앞서 공익상 필요와 마찬가지로 미국 변호사협회의 변호사직무에 대한 모범규칙(Model Rules of Professional Conduct) 등을 참고하여 제시된 것이다.[233] 즉 현행 변호사윤리장전이 변호사 자신의 권리를 방어하기 위해 필요한 경우에 한정하여 예외를 인정하고 있는 반면, 조응천 의원안(의안번호 제22526호, 제697호)은 이에 더하여 권리를 실현하기 위해 필요한 경우를 추가하였다.

일반적으로 변호사가 의뢰인과 수임관계에서 발생하는 청구권을 실행하기 위해 소송 등을 하거나 기타 법적 절차를 밟을 경우, 의뢰인이 변호사를 상대로 제기한 소송 기타 청구 또는 변호사 자신이 관계된 여타의 사건에서 자신을 방어해야 할 경우 등을 상정할 수 있다.[234]

이에 따라 분쟁이 발생한 경우마저 비밀유지의 의무와 권리를 해제할 수 없다면, 변호사로서는 그 불이익을 회피할 방법이 없게 된다는 점에서 이 같은 예외사유를 통해 일정 부분 예외가 허용될 수 있다.[235] 그러나 설사 변호사가 오로지 자신을 방어하기 위해서 또는 자신의 권리를 실현하기 위해서 의뢰인의 비밀을 개시할 수 있다고 하더라도, 변호사 직무의 공익성과 업무독점성에서 요구되는 윤리의 수준에

---

231) 보다 상세한 제안으로는 하정철, '변호사의 비밀유지의무-예외 사유인 공익상의 이유를 중심으로', "법학논고 47", 경북대학교 법학연구원, 2014, 589면~596면; 김재원, '변호사의 의뢰인 비밀 공개- 미국의 최근 논의를 중심으로', "인권과 정의 351", 2005, 136~137면 등.

232) 김태봉, '변호사의 비밀유지의무', "법학논총 36(4)", 전남대학교 법학연구소, 2016, 281 면.

233) American Bar Association, Model Rules of Professional Conduct 1.6 (b) A lawyer may reveal information relating to the representation of a client to the extent the lawyer reasonably believes necessary:
(4) to prevent, mitigate or rectify substantial injury to the financial interests or property of another that is reasonably certain to result or has resulted from the client's commission of a crime or fraud in furtherance of which the client has used the lawyer's services;
(5) to secure legal advice about the lawyer's compliance with these Rules, other law or a court order;

234) 정인진, '변호사의 비밀유지의무', "저스티스 104", 한국법학원, 2008, 157면; 배성호, '변호사 윤리로서 비밀유지의무', "한국부패학회보 12 (1)", 한국부패학회, 2007, 43면.

235) 김태봉, '변호사의 비밀유지의무', "법학논총 36 (4)", 전남대학교 법학연구소, 2016, 282면.

비추어 그러한 상황이 결코 바람직하다고 할 수 없다. 따라서 자신을 방어하기 위한 소극적인 대응에서 나아가 자신의 권리를 실현하기 위한 적극적인 대응까지 포함하여 비밀유지의 의무와 권리를 예외를 허용하는 것에는 재고를 요하였다. 따라서 변호사가 자신의 권리를 실현하기 위해 필요한 경우는 예외사유로 허용하는 것은 제외하였다.

그런데 변호사가 그 방어에 실패한 경우 불이익을 받을 수 있는 분쟁은 예컨대 대한변호사협회의 징계를 받거나, 이와 관련하여 수사기관 등 국가기관의 조사·수사를 받는 등 반드시 의뢰인과의 관계에서 발생하지 않을 수 있다. 조응천 의원안(의안번호 제22526호, 제697호)은 "의뢰인과 변호사 간 발생한 분쟁"을 특정하여 변호사가 자신을 방어하기 위해 필요한 경우 비밀유지의 예외가 허용할 수 있다고 하고 있으나, 이는 그 허용범위를 지나치게 제한함으로써 불필요한 것으로 보인다.

3. 「변호사법 일부개정법률안」의 제안

마지막으로 본 연구의 결론으로서 비밀유지권 도입을 위해 아래와 같은 「변호사법 일부개정법률안」을 제시할 수 있다.

안 제26조(비밀유지의무 및 비밀유지권)

① 변호사 또는 변호사이었던 자는 그 직무상 알게 된 비밀을 누설하여서는 아니 된다.

② 누구든지 다음 각 호의 사항에 대하여 공개, 제출을 요구하거나 열람하여서는 아니 된다.

1. 직무와 관련하여 변호사와 의뢰인 간 비밀리에 이루어진 의사교환 내용
2. 직무와 관련하여 변호사가 의뢰인으로부터 제출받은 서류나 자료(전자적 형태로 작성·관리되는 것을 포함한다. 이하 이 조에서 같다) 또는 물건
3. 제1호 또는 제2호와 관련하여 변호사가 작성한 서류나 자료

③ 제1항 및 제2항에도 불구하고 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 최소한의 범위에서 제1항 또는 제2항을 적용하지 아니할 수 있다.

1. 의뢰인의 승낙이 있는 경우
2. 중대한 공익상 필요가 있는 경우
3. 변호사가 자신의 권리를 방어하기 위하여 필요한 경우

첫째, 변호사법에 일반조항을 둠으로써 비밀유지권을 도입하였다. 우리 변호사법이 변호사와 의뢰인의 정의와 관계를 규정하고 있는 기본법인 점, 변호사법에서 비밀유

지의무를 규정하고 있고 비밀유지권은 동일한 내용의 비밀에 대해서 이를 보호할 수 있는 권리인 점, 변호사법에서 비밀유지권을 일반조항으로 규정함으로써 수사·공판절차에서 행정조사까지 폭넓게 적용범위를 인정할 수 있는 점, 나아가 그에 대한 일체의 침해에 대해 배제를 청구할 수 있는 권리가 의뢰인에게 있음을 선언하는 것이라는 점, 이 같은 점들로 인해 비밀유지권에 대한 의뢰인·국민의 기본권을 최대로 보장할 수 있을 것이 기대되는 점 등에서 그러하다.[236]

둘째, 비밀유지권의 향유 주체는 의뢰인이다. 비밀유지권 도입의 입법취지와 법적 근거를 고려하여 그 향유 주체가 의뢰인임을 분명히 하며, 동시에 의뢰인의 그러한 권리에 대한 변호사의 보호의무도 보다 강화해야 한다. 따라서 현행 변호사법 제26조 본문을 안 제26조 제1항에 두고, 비밀유지의무의 예외사유로서 그 단서인 "다른 법률에 특별한 규정이 있는 경우"를 삭제하였다. 그 같은 예외사유를 두지 않는다 하더라도 그 권리를 제한하기 위해 다른 법률이 제·개정될 수 있음은 당연하고, 변호사법과 다른 법률과의 우열은 일반적인 법원칙에 따라 가리는 것으로 충분하기 때문이다.[237]

셋째, 비밀유지의 대상은 변호사와 의뢰인 간 비밀유지권의 적용대상이 되는 것은 크게 의사교환 내용 및 의뢰인으로부터 제출받거나 이에 기초하여 변호사가 작성한 서류나 자료이다. 이들은 의뢰인의 변호인의 충분한 조력을 받을 권리 또는 실질적인 방어권의 보장을 위해 필수적으로 그 내용에 관한 비밀유지를 요한다는 점에서 마땅히 그 적용대상이 될 수 있다. 그러한 점에서 이때 보호대상은 의사교환의 내용이 담긴 이상 구두 또는 문서·기록에 의한 것임을 불문하고, 전화, 전자메일, SNS 등 매체에 남겨진 모든 내용이다.[238]

그러나 법률서비스와 무관하게 비밀유지권이 남용되지 않도록 다음과 같이 몇 가지 제한을 둘 수 있다.

① 직무와 관련하여 의뢰인과 의사교환한 내용 및 의뢰인이 제출한 서류·자료에

---

236) 손창완, '미국법상 비닉권과 변호사·의뢰인 간 의사교환의 보호', "인권과 정의 485", 대한변호사협회, 2019, 22면; 한애라, '변호사 비밀유지권 도입 정책토론회', "변호사 비밀유지권 도입 정책 토론회 자료집", 국회 조응천 의원실·대한변호사협회, 2019, 32면.

237) 최승재, "변호사와 의뢰인 사이의 비밀보호를 위한 제도 연구", 법률신문사, 2013, 258면.

238) Susan R. Martyn·Lawrence J. Fox·W. Bradley Wendel, "The Law Governing Lawyers-National Rules, Standards, Statutes, and State Lawyer Codes(2011-2012 Edition)", Wolters Kluwer, 2019. 201~203면.

한하여 비밀유지권을 인정할 수 있다. 그러나 직무 관련성에서 나아가 수임 여부를 따져 수임한 사건과 관련된 서류나 자료에 대해서만 비밀유지권을 인정하는 경우 이는 그 적용범위를 지나치게 제한하는 것으로서 바람직하지 않다.

② 변호사와 의뢰인 간의 의사교환이 비밀리에 이루어져야 한다. 이는 영미법의 변호사와 의뢰인 간 특권(ACP)을 참고한 것으로서 의사교환 중에서도 외부에 공개되지 않을 것이 의도된 내용에 대해서만 보호된다. 이를 통해 의뢰인으로서는 공개에 대한 명시적인 의사표시를 하지 않는 한 변호사와의 의사교환이 비밀에 해당한다는 원칙을 확인할 수 있다는 점에서 의뢰인의 이익을 위해 그 비밀성을 규정할 수 있다고 생각한다.

③ 전자적 형태의 서류나 자료를 포함할 것인지 여부가 문제될 수 있다. 현대사회에서 다수의 문서가 컴퓨터 등 전자매체를 통해 작성·저장되거나 송·수신되는 현실을 반영하여 그 같은 전자문서에 대해서도 의뢰인이 제출한 것으로 인정하여 보호하고자 하는 취지로서 타당하다고 판단된다.[239]

④ 변호사가 의뢰인으로부터 제출받은 물건에 대해서도 비밀유지권이 적용되어야 한다. 현행 비밀유지제도에서 변호사의 물건에 대한 압수거부권이 규정되어 있으나, 현실적으로 이를 행사하기 어렵고 임의제출이 강요되는 등 우회적인 방식이 자행되고 있는 점, 무엇보다 의뢰인이 이를 소지하고 있을 경우 쉽게 압수·수색의 대상이 된다는 점 등에서 그러하다.

넷째, 비밀유지의 방식은 공개, 제출의 요구 또는 열람의 금지이다. 현행 변호사법 및 변호사윤리장전이 변호사의 비밀유지의무를 규율하면서 그 누설 또는 부당한 이용을 금지하는 것과 비교하여 애초에 공개, 제출, 열람을 금지한다는 점에서 보다 적극적인 의미에서 비밀유지가 보장되는 결과에 이른다고 평가될 수 있다.

주목해서 다루어야 할 것은 비밀유지권 및 비밀유지의무 위반을 통해 수집한 증거의 증거능력을 배제하는 것이 타당한지 여부이다. 그러나 우리 형사소송법은 2007년 위법수집증거배제법칙을 명문화하였으며,[240] 이때 "적법한 절차"는 헌법이 천명한 적법한 절차와 동일한 의미를 가진다.[241] 즉 비밀유지권 이외에 여타의 변호인의

---

239) 전자문서 및 전자거래 기본법 제2조 등.

240) **형사소송법 제308조의2(위법수집증거의 배제)** 적법한 절차에 따르지 아니하고 수집한 증거는 증거로 할 수 없다.

조력을 받을 권리의 내용이 되는 권리를 침해하거나 형사소송법의 다른 절차를 위반하여 수집한 증거가 모두 위법수집증거배제법칙에 의거하여 그 증거능력이 판단된다는 점에서 비밀유지권을 위반하여 수집한 증거를 달리 취급할 필요성이 부정된다. 나아가 비밀유지의무의 경우 변호사의 직업윤리적 성격이 강한 규정으로서 이는 소송법의 영역에서 다투어야 할 증거능력으로 규율하는 것은 바람직하지 못하다.

다섯째, 비밀유지의 적용범위는 국가기관이 주재 또는 관여하는 형사절차, 민사·행정절차 전반에 미쳐야 한다. 앞서 변호사와 의뢰인 간 비밀유지권의 도입 필요성을 헌법상 변호인의 조력을 받을 권리 및 적법절차의 원칙에서 찾은바 있다(헌법 제12조 제1항, 제3항, 제4항). 이에 변호인의 조력을 받을 권리의 내용으로서 비밀유지권은 형사절차에서 의뢰인이 피의자·피고인의 지위에 있는 경우뿐만 아니라 피혐의자, 피내사자, 피해자, 참고인의 지위에 있는 경우에도 폭넓게 보장받아야 마땅하며, 적법절차의 원칙은 반드시 형사절차에 국한하여 적용될 것은 아니어서 형사절차뿐만 아니라 국가기관이 주재하는 민사·행정절차에 있어서도 적법절차의 원칙이 준수되어야 한다고 보았다.

여섯째, 비밀유지의무와 비밀유지권 양자에 있어 그 적용한계, 즉 비밀유지의 예외사유는 다음과 같다. 다만 비밀유지의 권리와 의무가 해제될 수 있는 예외사유를 규정한다 하더라도, 필요한 최소한의 범위에서 그러함을 명시하였다. 또한 해석에 있어서도 극히 제한적인 경우에 이를 허용하도록 해야 한다고 생각한다.

① 의뢰인의 승낙이 있는 경우이다. 비밀유지의무와 비밀유지권은 본질적으로 의뢰인의 이익을 위한 것으로서 의뢰인은 이를 포기한다는 의사표시를 통해 변호사의 비밀공개를 승낙할 수 있으며, 변호사가 비밀공개의 승낙을 받은 이후에도 그 비밀은 의뢰인의 이익을 위해서만 사용되어야 한다. 다만 조응천 의원안(의안번호 제22526호, 제697호)은 의뢰인의 승낙을 강요한 자를 벌칙규정에 추가하고 있으나, 이는 형법 제123조의 직권남용죄 또는 동법 제324조의 강요죄 등으로 규율할 수 있다는 점에서 형사처벌까지 부과하는 것은 재고되어야 한다.[242]

② 중대한 공익상 필요가 있는 경우이다. 공익의 개념과 적용범위에 대해서는 주로

---

241) 신동운, "간추린 신형사소송법(제12판)", 법문사, 2020, 592면.

242) 국회 법제사법위원회, '변호사법 일부개정법률안 검토보고', 2020. 7., 8면.

의뢰인의 범죄행위에 관하여 의뢰인의 비밀을 개시할 수 있는지 여부를 중심으로 논의가 전개되어왔다. 생명이나 신체에 중대한 피해를 야기하는 범죄행위의 경우 변호사가 비밀유지의 대상에서 제외되나, 재산범죄의 경우 가급적 비밀유지의 대상에 포함하되 그 결과의 중대성, 범행의 규모, 악질의 정도, 피해의 양과 질 등을 고려하여 예외적인 경우에 한하여 비밀을 개시할 수 있다는 견해[243] 등이 있다.[244]

그 개념과 적용범위를 명확히 함으로써 변호사의 비밀유지의무 및 국가기관의 비밀유지권 준수에 대한 행위규범으로서 기능을 제고할 필요성은 여전히 인정된다. 그러나 위와 같이 법률에 규정하기보다, 형사소송법 등 기존의 법률에 대한 학계의 논의와 판례, 사례 등을 분석하여 유형론적으로 해석함으로써[245] 그 내용과 입법형식을 결정하되 단기적으로는 변호사윤리장전에 이를 규정하는 것이 타당하다.[246]

③ 변호사가 자신의 권리를 방어하기 위하여 필요한 때이다. 현행 변호사윤리장전이 변호사 자신의 권리를 방어하기 위해 필요한 경우에 한정하여 예외를 인정하고 있는 반면, 조응천 의원안(의안번호 제22526호, 제697호)은 이에 더하여 권리를 실현하기 위해 필요한 경우를 추가하고 있다. 그러나 비밀유지권의 입법취지, 변호사 직무의 공익성과 업무독점성, 이에 따라 요구되는 윤리의 수준에 비추어 변호사가 자신의 권리를 실현하기 위해 필요한 경우까지 예외사유로 허용하는 것은 바람직하다고 할 수 없어 제외하였다.

---

243) 박휴상, "법조윤리(제3판)", 피데스, 2011, 190~191면; 이상수, "법조윤리의 이론과 실제", 서강대학교 출판부, 2009, 174면; 최진안, "법조윤리(제2판)", 세창출판사, 2012, 140면.

244) 박휴상, "법조윤리(제3판)", 피데스, 2011, 175면.

245) 보다 상세한 제안으로는 하정철, '변호사의 비밀유지의무-예외 사유인 공익상의 이유를 중심으로', "법학논고 47", 경북대학교 법학연구원, 2014, 589면~596면; 김재원, '변호사의 의뢰인 비밀 공개- 미국의 최근 논의를 중심으로', "인권과 정의 351", 2005, 136~137면 등.

246) 김태봉, '변호사의 비밀유지의무', "법학논총 36 (4)", 전남대학교 법학연구소, 2016, 281면.

결 론

서주연·윤종행·천하람

제6장

결 론

1. 우리 법제에서 영미법의 변호사와 의뢰인 간 특권(ACP) 또는 법률전문가 특권(LPP)과 같은 비밀유지권이 도출 또는 인정될 수 있는지 여부와 관련하여 본격적인 논의는 2016년 시작되었다고 볼 수 있다. 당시 검찰이 수사 중인 사건과 관련하여 법무법인을 압수·수색한 것과 이에 대한 법조계와 학계의 비판이 거세었으나, 이후에도 검찰은 변호사가 소속된 법무법인이나 법률대리를 맡은 변호사 사무실을 압수·수색해왔다.

   이 같은 상황에서 변호사와 의뢰인 간 비밀유지권은 의뢰인의 방어권과 사회적 효용의 관점에서 제도적으로 보장할 필요성이 검토될 수 있다.[247] 즉 방어권의 관점에서 의뢰인의 정당한 권리나 이익을 보호하기 위해서 변호사의 조력만큼 주효한 것이 없으며, 사회적 효용의 관점에서 의뢰인이 변호사와 상담함으로써 변호사로부터 적절한 조력을 얻어 사회에서 법과 절차를 준수할 수 있게 된다. 이때 비밀유지권을 통해 변호사로부터 충분한 조력을 받을 권리를 실질적으로 보장받을 수 있다.

2. 본 연구는 우선 현행 법제에서 변호사와 의뢰인 간 비밀유지권이 도출 또는 인정될 수 있는지 여부를 검토하기 위해 현행법상 비밀유지에 관한 법령 및 판례를 분석하였다. 그러나 형사소송법, 민사소송법, 변호사법, 변호사윤리장전 등 관련 법령, 형사사법기관 및 유관기관의 내부규정 등을 살펴본 결과, 관련 규정의 해석을 통해 비밀유지권이 도출 또는 인정된다고 볼 수 없음이 명확해졌다. 또한 우리 대법원은 2012. 5. 17. 선고 2009도6788 전원합의체 판결을 통해 변호인과 의뢰인 간 특권의

247) 日本弁護士連合会, "弁護士と依頼者の通信秘密保護制度に関する最終報告", 2016. 2., 3~4면

존재를 부정하였다.

이에 이미 법률이 명문화하고 있는 변호사의 비밀유지의무를 중심으로 변호사와 의뢰인의 개념 및 관계, 비밀 또는 비밀유지의 의미, 비밀유지의 적용범위 및 한계 등을 정리할 수 있었다. 이를 바탕으로 현행 법제에서 변호사와 의뢰인 간 비밀유지권이 도출 또는 인정되지 않음을 전제로 형사절차뿐만 아니라 민사·행정절차에서 각각 비밀유지권 침해의 가능성 검토하였다. 이제는 입법의 필요성 및 타당성을 보다 면밀히 연구하여 입법 여부를 결정하고 구체적인 입법방안을 마련해야 할 것이었다.

3. 먼저 2019년 대한변호사협회가 전국 회원을 대상으로 실시한 비밀유지권 침해 조사의 결과를 입수·분석한 결과, 위와 같은 비밀유지권 침해의 가능성이 사실로 드러났다. 구체적으로는 검찰과 경찰뿐만 아니라 조사·수사 권한을 가지고 있는 국세청, 금융감독원, 공정거래위원회도 법무법인, 기업·기관 법무팀, 변호사 사무실, 피의자 사무실 등을 압수·수색하고 있으며, 컴퓨터나 휴대전화를 압수·수색하여 그 내용을 확인하거나 변호인이 작성한 의견서, 메모 등을 증거로 수집한 사례 등이 확인되었다.[248] 침해의 해결방안에 대한 주관식 응답은 법원의 올바른 판단 필요, 수사기관의 의식 제고, 입법적 조치, 제도 개선, 협회 차원의 엄중한 대응 등으로 요약되었다.

4. 다음으로 변호사와 의뢰인 간 비밀유지권이 영미법에서 유래한 만큼 우리 법제에 대한 비교법적 시사점을 도출하기 위해 세계 각국의 법령 및 운용 현황을 검토하고자 하였다. 이에 증언거부 특권의 요건과 효과를 중심으로 미국, EU, 유럽인권재판소 및 유럽사법재판소, 영국, 독일, 프랑스, 네덜란드, 벨기에, 스웨덴, 스페인, 캐나다, 일본의 입법례를 살펴보았으며, 특히 우리 법제에서도 쟁점적으로 논의되고 있는 압수·수색절차에서의 특권, 디지털 증거에서의 특권 등을 추가적으로 다루었다.

---

248) 대한변호사협회, '의뢰인 변호사간 비밀유지권 침해 실태조사-검경, 국세청, 금감원, 공정위 등의 침해 사례 확인', 2019. 7. 4. 보도(https://www.koreanbar.or.kr/pages/news/view.asp?teamcode=&category=&page=8&seq=9676&types=3&searchtype=&searchstr=, 2020. 12. 7. 검색); 중앙일보, '대형로펌 압수수색 뒤 위기감…"檢, 변호사까지 탈탈 털어가", 2019. 7. 5. 보도(https://news.joins.com/article/23516359#none, 2020. 12. 7. 검색).

5. 현행 비밀유지제도의 운용 현황 및 미비점, 비밀유지권의 의의 및 침해 가능성, 실무에서의 비밀유지권 침해 실태, 미국, EU, 유럽인권재판소 및 유럽사법재판소, 영국, 독일, 프랑스, 네덜란드, 벨기에, 스웨덴, 스페인, 캐나다, 일본 등 세계 각국의 증언거부 특권에 관한 입법례 등을 바탕으로 정리된 변호사와 의뢰인 간 비밀유지권의 도입 필요성은 아래와 같다.

첫째, 의뢰인·국민 중심의 권리보호가 그것이다. 비밀유지권이 우리 법제에 도입되어야 할 필요성은 무엇보다 비밀유지권이 헌법상 변호인의 조력을 받을 권리의 내용으로 인정될 수 있기 때문이다(헌법 제12조 제4항).[249] 비밀유지와 관련된 현행 법제는 변호사와 의뢰인 양자에 있어 비밀유지권이 인정되는 헌법합치적 방향으로 해석·적용되어야 하며, 나아가 비밀유지권이 명문으로 입법되지 않음으로써 그 권리에 대한 침해가 명백하다면 그 구체적인 입법형성에 대한 입법자의 결단이 요구되는 것이다. 비밀유지권이 헌법상 변호인의 조력을 받을 권리의 내용으로 인정된다 하더라도, 이를 충분히 보장하기 위해서는 구체적인 입법형성이 요구될 수 있다. 이때 최근 수사절차 전반에서 변호인의 참여권과 변론권 보장을 강화 및 확대하고 있는 입법방향이 적극적으로 고려되었다.[250] 즉 피의자를 포함하여 피혐의자, 피내사자, 피해자, 참고인이 조사를 받는 경우에도 변호인이 참여할 수 있도록 하며, 변호인이나 피의자가 그 신문 내용을 기록 할 수 있도록 하고 있는데,[251] 이를 통해 의뢰인·국민의 기본권을 실질적으로 보장하기 위해서는 비밀유지권의 법제화가 필수적이었다.[252]

둘째, 적법절차 원칙의 내실화 및 확장을 위한 것이다. 변호사와 의뢰인 간 비밀유지권이 우리 법제에 도입되어야 할 필요성은 헌법상 변호인의 조력을 받을

---

249) 윤종행, '변호사와 의뢰인간의 대화내용에 대한 증언거부권-미국에서의 논의를 중심으로', "법학논총 31 (2)", 국민대학교 법학연구소, 2018, 293면; 박현성, '미국법상 변호사-의뢰인 특권, 소송준비자료의 개시면책에 관한 연구', "법조 61 (2)", 법조협회, 2012, 336면.

250) 연합뉴스, '참고인·피내사자 조사도 변호인 참여…검사 상대 직접변론 보장', 2020. 1. 31. 보도(https://www.yna.co.kr/view/AKR20200131107200004, 2020. 12. 10. 검색).

251) 검찰사건사무규칙(법무부령 제966호로 2020. 1. 31. 일부개정 및 시행된 것), 변호인 등의 신문·조사 참여 운영지침(대검찰청예규 제1028호로 2019. 11. 12. 제정 및 시행된 것), 변호인 접견·참여 등 규칙(경찰청훈령 제882호, 2018. 8. 13. 일부개정 및 시행된 것) 등.

252) 장철준, '헌법상 변호인의 조력을 받을 권리와 의뢰인의 비밀보장', "헌법학연구 23 (1)", 한국헌법학회, 2017, 23면.

권리 외에도 적법절차의 원칙에서도 찾을 수 있다(헌법 제12조 제1항, 제3항). 오늘날 적법절차의 원칙이 반드시 형사절차에 국한하여 적용될 것은 아니며, 그 의의는 기본적 인권 보장 또는 국가기관에 대한 개인의 인권 옹호에 있기 때문이다.[253]

또한 실체적 진실 발견을 목적으로 국가기관이 주재하거나 관여하는 모든 절차에는 필연적으로 인권 침해의 소지가 있고, 이때에도 적법절차 원칙을 통해 국가기관의 수사 또는 조사 권한의 남용을 제한하도록 해야 한다. 따라서 비단 형사절차뿐만 아니라 국가기관이 관여하는 민사·행정절차에 있어서도 적법절차의 원칙이 준수되어야 한다.[254] 따라서 적법절차의 원칙은 그러한 실체적 진실 발견에 대한 제한이자 공정한 절차를 실현하기 위한 장치로서 실정법에서 비밀유지권으로 구체화·입법화되어야 한다.

셋째, 글로벌 스탠다드(global standard)를 반영하는 것이다. 비밀유지제도에 있어 우리와 유사한 법체계를 가지고 있는 일본을 제외하고, 각국의 입법례는 증언거부 특권을 포함하여 국제사회에서 흔히 변호사와 의뢰인 간 특권(ACP) 또는 법률전문가 특권(LPP)으로 통용되는 비밀유지권을 법제화하여 운용하고 있었다.

변호인과 의뢰인 간 비밀유지권이 영미법계 특유의 제도로서 우리 법제에 도입될 수 없다거나 도입된다 하더라도 제대로 운용되지 않을 것이라는 우려도 있다.[255] 그러나 비밀유지권은 영미법계 특유의 요청에 따른 것이 아니라, 변호사제도를 통한 법치주의, 적법절차, 변호인의 조력을 받을 권리 등 기본적·보편적 가치에 기반을 두고 있다.[256] 결론적으로 비밀유지권의 도입은 글로벌 스탠다드에 맞추어 변호인의 조력을 받을 권리 및 방어권의 보장을

253) 헌법재판소는 적법절차의 원칙에 대하여 공권력에 의한 국민의 생명·자유·재산의 침해는 반드시 합리적이고 정당한 법률에 의거하여 정당한 절차를 밟은 경우에만 유효하다는 원칙이라고 정의하였으며(헌법재판소 2001. 11. 29. 선고 2001헌바41 전원재판부 결정), 기본권 보장을 위한 정당한 절차, 즉 근본적인 공정성을 담보하는 절차라고 파악하였다(헌법재판소 1996. 12. 26. 선고 94헌바1 전원재판부 결정).

254) 이태영, '변호사의 비밀유지의무', "인권과 정의 469", 대한변호사협회, 2017, 34면; 최춘식, '민사소송에서의 위법수집증거에 관한 연구', "인권과 정의 450", 대한변호사협회, 2015, 94면.

255) 송시섭, '변호사 법률의견서의 증거능력', "동아법학 58", 동아대학교 법학연구소, 2013, 409면.

256) 최승재, "변호사와 의뢰인 사이의 비밀보호를 위한 제도 연구", 법률신문사, 2013, 255면.

보다 섬세하게 정비하는 작업으로 이해될 수 있다.

6. 원활한 입법 추진 및 안정적인 제도 정착을 위해 보다 정치한 입법방안을 제시하고자 하였다. 먼저 제19대 내지 제21대 국회에 제출된 법률안을 대상으로 비밀유지의 주체, 대상, 적용범위 및 예외 등으로 분쇄·분석하여 각 법률안의 타당성을 검토하였다. 마지막으로 본 연구의 결론으로서 아래와 같이 비밀유지권 도입을 위한 「변호사법 일부개정법률안」을 제시하였다.

첫째, 변호사법에 일반조항을 둠으로써 비밀유지권을 도입하였다. 이는 우리 변호사법이 변호사와 의뢰인의 정의와 관계를 규정하고 있는 기본법인 점, 변호사법에서 비밀유지의무를 규정하고 있고 비밀유지권은 동일한 내용의 비밀에 대해서 이를 보호할 수 있는 권리인 점, 변호사법에서 비밀유지권을 일반조항으로 규정함으로써 수사·공판절차에서 행정조사까지 폭넓게 적용범위를 인정할 수 있는 점, 나아가 그에 대한 일체의 침해에 대해 배제를 청구할 수 있는 권리가 의뢰인에게 있음을 선언하는 것이라는 점, 이 같은 점들로 인해 비밀유지권에 대한 의뢰인·국민의 기본권을 최대로 보장할 수 있을 것이 기대되는 점 등에서 그러하다.[257]

둘째, 비밀유지권의 향유 주체는 의뢰인이다. 비밀유지권 도입의 입법취지와 법적 근거를 고려하여 그 향유 주체가 의뢰인임을 공고히 하며, 동시에 의뢰인의 그러한 권리에 대한 변호사의 보호의무도 보다 강화해야 한다. 따라서 현행 변호사법 제26조 본문을 안 제26조 제1항에 두고, 비밀유지의무의 예외사유로서 그 단서인 "다른 법률에 특별한 규정이 있는 경우"를 삭제한 것은 바람직하다. 그 같은 예외사유를 두지 않는다 하더라도 그 권리를 제한하기 위해 다른 법률이 제·개정될 수 있음은 당연하고, 변호사법과 다른 법률과의 우열은 일반적인 법원칙에 따라 가리는 것으로 충분하기 때문이다.[258]

셋째, 비밀유지의 대상은 변호사와 의뢰인 간 비밀유지권의 적용대상이 되는 것은 크게 의사교환 내용 및 의뢰인으로부터 제출받거나 이에 기초하여 변호사가

257) 손창완, '미국법상 비닉권과 변호사·의뢰인 간 의사교환의 보호', "인권과 정의 485", 대한변호사협회, 2019, 22면; 한애라, '변호사 비밀유지권 도입 정책토론회', "변호사 비밀유지권 도입 정책 토론회 자료집", 국회 조응천 의원실·대한변호사협회, 2019, 32면.

258) 최승재, "변호사와 의뢰인 사이의 비밀보호를 위한 제도 연구", 법률신문사, 2013, 258면.

작성한 서류나 자료이다. 의사교환 내용에는 구두 또는 문서·기록에 의한 것임을 불문하고 전화, 전자메일, SNS 등 매체에 남겨진 모든 내용이 되는 것이 포함된다.[259]

그러나 법률서비스와 무관하게 비밀유지권이 남용되지 않도록 다음과 같이 몇 가지 제한을 둘 수 있다.

① 직무와 관련하여 의뢰인과 의사교환한 내용 및 의뢰인이 제출한 서류나 자료에 한하여 비밀유지권을 인정할 수 있다. 그러나 직무 관련성에서 나아가 수임 여부를 따져 수임한 사건과 관련된 서류나 자료에 대해서만 비밀유지권을 인정하는 경우 이는 그 적용범위를 지나치게 제한하는 것으로서 바람직하지 않다.

② 변호사와 의뢰인 간의 의사교환이 비밀리에 이루어져야 한다. 이는 영미법의 변호사와 의뢰인 간 특권(ACP)을 참고한 것으로서 의사교환 중에서도 외부에 공개되지 않을 것이 의도된 내용에 대해서만 보호된다. 이를 통해 의뢰인으로서는 공개에 대한 명시적인 의사표시를 하지 않는 한 변호사와의 의사교환이 비밀에 해당한다는 원칙을 확인할 수 있다는 점에서 의뢰인의 이익을 위해 그 비밀성을 규정할 수 있다고 생각한다.

③ 전자적 형태의 서류나 자료를 포함할 것인지 여부가 문제될 수 있다. 현대사회에서 다수의 문서가 컴퓨터 등 전자매체를 통해 작성·저장되거나 송·수신되는 현실을 반영하여 그 같은 전자문서에 대해서도 의뢰인이 제출한 것으로 인정하여 보호하고자 하는 취지로서 타당하다고 판단된다.[260]

④ 변호사가 의뢰인으로부터 제출받은 물건에 대해서도 비밀유지권이 적용되어야 한다. 현행 비밀유지제도에서 변호사의 물건에 대한 압수거부권이 규정되어 있으나, 현실적으로 이를 행사하기 어렵고 임의제출이 강요되는 등 우회적인 방식이 자행되고 있는 점, 무엇보다 의뢰인이

---

259) Susan R. Martyn·Lawrence J. Fox·W. Bradley Wendel, "The Law Governing Lawyers-National Rules, Standards, Statutes, and State Lawyer Codes(2011-2012 Edition)", Wolters Kluwer, 201~203면.

260) 전자문서 및 전자거래 기본법 제2조 등.

이를 소지하고 있을 경우 쉽게 압수·수색의 대상이 된다는 점 등에서 그러하다.

넷째, 비밀유지의 방식은 공개, 제출의 요구 또는 열람의 금지이다. 현행 변호사법 및 변호사윤리장전이 변호사의 비밀유지의무를 규율하면서 그 누설 또는 부당한 이용을 금지하는 것과 비교하여 애초에 공개, 제출, 열람을 금지한다는 점에서 보다 적극적인 의미에서 비밀유지가 보장되는 결과에 이른다고 평가될 수 있다.

주목할 만한 것은 비밀유지권 및 비밀유지의무 위반을 통해 수집한 증거의 증거능력을 배제하는 것이 타당한지 여부이다. 그러나 우리 형사소송법은 2007년 위법수집증거배제법칙을 명문화하였으며,[261] 이때 "적법한 절차"는 헌법이 천명한 적법한 절차와 동일한 의미를 가진다.[262] 즉 비밀유지권 이외에 여타의 변호인의 조력을 받을 권리의 내용이 되는 권리를 침해하거나 형사소송법의 다른 절차를 위반하여 수집한 증거가 모두 위법수집증거배제법칙에 의거하여 그 증거능력이 판단된다는 점에서 비밀유지권을 위반하여 수집한 증거를 달리 취급할 필요성이 부정된다. 나아가 비밀유지의무의 경우 변호사의 직업윤리적 성격이 강한 규정으로서 이는 소송법의 영역에서 다투어야 할 증거능력으로 규율하는 것은 바람직하지 못하다.

다섯째, 비밀유지의 적용범위는 국가기관이 주재 또는 관여하는 형사절차, 민사·행정절차 전반에 미쳐야 한다. 앞서 변호사와 의뢰인 간 비밀유지권의 도입 필요성을 헌법상 변호인의 조력을 받을 권리 및 적법절차의 원칙에서 찾은바 있다(헌법 제12조 제1항, 제3항, 제4항).

이에 변호인의 조력을 받을 권리의 내용으로서 비밀유지권은 형사절차에서 의뢰인이 피의자·피고인의 지위에 있는 경우뿐만 아니라 피혐의자, 피내사자, 피해자, 참고인의 지위에 있는 경우에도 폭넓게 보장받아야 마땅하다고 판단하였다. 또한 적법절차의 원칙은 문언상 형사절차, 특히 인신 구속을 염두에 두고 규정되었으나, 반드시 형사절차에 국한하여 적용될 것은 아니어

---

261) **형사소송법 제308조의2(위법수집증거의 배제)** 적법한 절차에 따르지 아니하고 수집한 증거는 증거로 할 수 없다.

262) 신동운, "간추린 신형사소송법(제12판)", 법문사, 2020, 592면.

서 형사절차뿐만 아니라 국가기관이 주재하는 민사·행정절차에 있어서도 적법절차의 원칙이 준수되어야 한다고 보았다. 결론적으로 비밀유지권의 보호는 형사절차에서 수사·공판절차는 물론이고, 민사·행정절차에 있어 조사에서 소송에 이르기까지 의뢰인의 법적 지위를 막론하고 광범위하게 적용되어야 한다.

여섯째, 비밀유지의무와 비밀유지권 양자에 있어 그 적용한계, 즉 비밀유지의 예외사유는 다음과 같다. 다만 이처럼 비밀유지의 권리와 의무가 해제될 수 있는 예외사유를 규정한다 하더라도, 필요한 최소한의 범위에서 그러함을 명시하였다. 또한 해석에 있어서도 극히 제한적인 경우에 이를 허용하도록 해야 한다고 생각된다.

① 의뢰인의 승낙이 있는 경우이다. 비밀유지의무와 비밀유지권은 본질적으로 의뢰인의 이익을 위한 것으로서 의뢰인은 이를 포기한다는 의사표시를 통해 변호사의 비밀공개를 승낙할 수 있으며, 변호사가 비밀공개의 승낙을 받은 이후에도 그 비밀은 의뢰인의 이익을 위해서만 사용되어야 한다.

② 중대한 공익상 필요가 있는 경우이다. 공익의 개념과 적용범위에 대해서는 주로 의뢰인의 범죄행위에 관하여 의뢰인의 비밀을 개시할 수 있는지 여부를 중심으로 논의가 전개되어왔으나, 아직 그 개념이나 범위가 명확히 정립되었다고 할 수는 없다. 이를 명확히 함으로써 변호사의 비밀유지의무 및 국가기관의 비밀유지권 준수에 대한 행위규범으로서의 기능을 제고할 필요성은 여전히 인정된다. 그러나 위와 같이 법률에 규정하기보다, 형사소송법 등 기존의 법률에 대한 학계의 논의와 판례, 사례 등을 분석하여 유형론적으로 해석함으로써[263] 그 내용과 입법형식을 결정하되 단기적으로는 변호사윤리장전에 이를 규정하는 것이 타당하다.[264]

③ 변호사가 자신의 권리를 방어하기 위하여 필요한 때이다. 분쟁이 발생한 경우마저 비밀유지의 의무와 권리를 해제할 수 없다면, 변호사로서는 그

263) 보다 상세한 제안으로는 하정철, '변호사의 비밀유지의무-예외 사유인 공익상의 이유를 중심으로', "법학논고 47", 경북대학교 법학연구원, 2014, 589면~596면; 김재원, '변호사의 의뢰인 비밀 공개-미국의 최근 논의를 중심으로', "인권과 정의 351", 2005, 136~137면 등.

264) 김태봉, '변호사의 비밀유지의무', "법학논총 36 (4)", 전남대학교 법학연구소, 2016, 281면.

불이익을 회피할 방법이 없게 된다는 점에서 이 같은 예외사유를 통해 일정 부분 예외가 허용될 수 있다.[265] 그러나 비밀유지권의 입법취지, 변호사 직무의 공익성과 업무독점성, 이에 따라 요구되는 윤리의 수준에 비추어 변호사가 자신의 권리를 실현하기 위해 필요한 경우까지 예외사유로 허용하는 것은 바람직하다고 할 수 없으며, 따라서 자신의 권리를 방어하기 위해 필요한 경우로 이를 제한하였다.

265) 김태봉, '변호사의 비밀유지의무', "법학논총 36 (4)", 전남대학교 법학연구소, 2016, 282면.

참고문헌

1. 국내문헌

1) 단행본 및 논문

강태성, '민법에서의 「승인·승낙·동의·허락·추인」에 대한 검토 및 개정안', "민사법의 이론과 실무 19 (3)", 민사법의 이론과 실무학회, 2016.

김우진, '변호인 작성의 법률의견서의 증거능력', "형사판례연구 21", 한국형사판례연구회, 2013.

김주석, 압수·수색 절차의 개선방안에 관한 연구, 사법정책연구원. 2016.

김재원, '변호사의 의뢰인 비밀 공개- 미국의 최근 논의를 중심으로', 인권과 정의 351, 2005.

김제완, '변론권 보장과 변호사의 비밀유지권-법적 근거와 제도개선방안을 중심으로', "변론권 보장과 변호사의 비밀유지권 토론회", 대한변호사협회, 2016.

김태봉, '변호사의 비밀유지의무', "법학논총 36 (4)", 전남대학교 법학연구소, 2016.

김희옥·박일환, "주석 형사소송법(Ⅰ, 제5판)", 한국사법행정학회, 2017.

남수진, '변호사-의뢰인 비닉특권의 도입 요구에 앞서 미국의 제도와 경험의 시사점', "서울법학 26 (2)", 서울시립대학교 법학연구소, 2018.

민일영·김내환, "주석 민사소송법(Ⅲ, 제8판)", 한국사법행정학회, 2018.

박상근, '송무변호사의 윤리와 책임', "法律家의 倫理와 責任", 서울대학교 법과대학, 2003.

박용철, "변호사가 의뢰인에게 작성해 준 의견서가 압수된 경우 그 의견서의 증거능력", 형사법연구 제24권 제2호, 2012.

박지현, '진술거부권에 관한 연구(법학박사학위논문)', 서울대학교 대학원 법학과. 2007.

박현성, '미국법상 변호사-의뢰인 특권, 소송준비자료의 개시면책에 관한 연구', 법조 61(2), 법조협회, 2012.

박휴상, “법조윤리(제3판)”, 피데스, 2011.
배성호, ‘변호사윤리로서 비밀유지의무’, 한국부패학회보 12(1), 한국부패학회, 2007.
성중탁, ‘토론문’, “변호사 비밀유지권 관련 토론회”, 국회 나경원 의원실·대한변호사협회, 2017.
송시섭, ‘변호사 법률의견서의 증거능력’, “동아법학 제58호”, 2013.
손창완, ‘미국법상 비닉권과 변호사·의뢰인 간 의사교환의 보호’, “인권과 정의 485”, 대한변호사협회, 2019.
_____, ‘변호사·의뢰인 간 비밀 의사교환의 보호-비닉권의 인정가능성 및 관련 법률의 해석’, “법학논총 32 (2)”, 2019.
스테판 트렉셀 저, 강남일 역, “국제인권법과 형사소송”, 2014.
신동운, “간추린 신형사소송법(제12판)”, 법문사, 2020.
_____, “신형사소송법(제3판)”, 법문사, 2011.
신이철, ‘형사증거법상 변호인 작성 법률검토 의견서의 증거능력-변호인-의뢰인 특권 도입여부와 관련하여’, “형사법의 신동향 64”, 대검찰청, 2019.
윤종행, “변호사와 의뢰인간의 의사교환 내용과 증언거부의 특권-대법원 2012.5.17. 선고 20 9도6788 전원합의체 판결-” 홍익법학 제14권 제2호, 2013.
_____, “변호인과 의뢰인간의 대화내용에 대한 증언거부권,” 법학논총(국민대학교) 제31권 제2호, 2018.
이광수, “변호사법 개론(서울지방변호사회 법제연구원 연구총서 5)”, 박영사, 2016.
이상수, “법조윤리의 이론과 실제”, 서강대학교 출판부, 2009.
이재구·이호용, ‘수사로 활용될 수 있는 행정조사의 법적 쟁점-실무자의 관점에서’, “법학논총 35 (2)”, 한양대학교 법학연구소, 2018.
이태영, ‘변호사의 비밀유지의무’, “인권과 정의 469”, 대한변호사협회, 2017.
장철준, ‘헌법상 변호인의 조력을 받을 권리와 의뢰인의 비밀보장’, “헌법학연구 23 (1)”, 한국헌법학회, 2017.
정인진, “변호사의 비밀유지의무,” 저스티스 통권 104호, 한국법학원, 2008.
정주백, ‘제2주제 토론문-헌법상 변호인의 조력을 받을 권리와 변호사·의뢰인의 비밀보장’, “한국헌법학회·사법정책연구원 공동학술대회-직무상 비밀에 대한 헌법상 보호”, 2016.
정형근, “변호사법 주석”, 피앤씨미디어, 2016.

_____, '변호사의 비밀유지의무', "외법논집 35 (4)", 2011.
최선집, "조세실무연구 III", 김앤장 법률사무소, 2012.
최승재, 대한변호사협회 변론권 보장과 변호사의 비밀유지권 토론회 "ACP 도입을 위한 법제연구-해외 입법례와 도입방안을 중심으로-"(2016. 9. 27.).
_____, "변호사와 의뢰인 사이의 비밀보호를 위한 제도 연구", 법률신문사, 2013.
최진안, "법조윤리(제2판)", 세창출판사, 2012.
최승재, 대한변호사협회 변론권 보장과 변호사의 비밀유지권 토론회 "ACP 도입을 위한 법제연구-해외 입법례와 도입방안을 중심으로-"(2016. 9. 27.), 제1 발제문, 130-234.
최춘식, '민사소송에서의 위법수집증거에 관한 연구', "인권과 정의 450", 대한변호사협회, 2015.
하정철, '변호사의 비밀유지의무-예외 사유인 공익상의 이유를 중심으로', "법학논고 47", 경북대학교 법학연구원, 2014.
한애라, '변호사 비밀유지권 도입 정책토론회', "변호사 비밀유지권 도입 정책 토론회 자료집", 2019.
홍지은, '특별사법경찰의 행정조사와 수사-진술서 작성 및 자료 제출 요구를 중심으로', "범죄수사학연구 6 (1)", 경찰대학 범죄수사연구원, 2020.

2) 기타자료

국회 법제사법위원회 전문위원 허병조, 변호사법 일부개정법률안 검토보고, 2020. 7.
국회 법제사법위원회, '변호사법 일부개정법률안 검토보고(나경원 의원 대표발의, 제9774호)', 2018. 2.
대한변호사협회, '성명서-검찰과 법원은 변호사의 의뢰인 비밀유지권을 침해하는 영장을 남용하지 말라', 2016. 8. 18. 성명(https://www.koreanbar.or.kr/pages/news/view.asp?teamcode=&category=&page=26&seq=7254&types=3&searchtype=&searchstr=, 2020. 12. 7. 검색)
대한변호사협회, '의뢰인 변호사간 비밀유지권 침해 실태조사-검경, 국세청, 금감원, 공정위 등의 침해 사례 확인', 2019. 7. 4. 보도(https://www.koreanbar.or.kr/pages/news/view.asp?teamcode=&category=&page=8&seq=9676&types=3&searchtype=&searchstr=, 2020. 12. 7. 검색)

3) 웹사이트

대한변협신문, “회원 권익과 국민 신뢰 모두 잡겠다”, 2019. 3. 4. 기사 참조. http://news.koreanbar.or.kr/news/articleView.html?idxno=19528 (2020. 12. 21. 검색)

매일경제, 로펌·회사법무팀 압수수색 남발…"기업 방어권 털어가나", 2019. 1. 7. 기사 참조. https://www.mk.co.kr/news/society/view/2019/01/13399/ (2020. 12. 21. 검색)

법률방송뉴스, “대형로펌 압수수색이 이 정도면 일반로펌 그냥 당한다”, 2020. 8. 18. 기사 참조. http://www.ltn.kr/news/articleView.html?idxno=29311 (2020. 12. 21. 검색)

법률저널, ‘박준연 미국변호사의 미국법 실무(4)/변호사-의뢰인 사이의 비밀 유지 특권’, 2018. 10. 26. 게재(http://www.lec.co.kr/news/articleView.html?idxno=48947, 2020. 12. 10. 검색)

연합뉴스, ‘참고인·피내사자 조사도 변호인 참여…검사 상대 직접변론 보장’, 2020. 1. 31. 보도(https://www.yna.co.kr/view/AKR20200131107200004, 2020. 12. 10. 검색)

이데일리, ‘잇단 로펌 압수수색 논란…檢 "증거 확보" vs 변호사 "방어권 침해"’, 2019. 3. 3. 보도(https://www.edaily.co.kr/news/realtime/realtime_NewsRead.asp?newsid=01833526622419712, 2020. 12. 7. 검색)

조선일보, ‘물증 찾는다며… 툭하면 변호사 사무실 터는 검찰’, 2020. 6. 20. 보도(https://www.chosun.com/site/data/html_dir/2020/06/20/2020062000182.html, 2020. 12. 7. 검색)

중앙일보, ‘대형로펌 압수수색 뒤 위기감…"檢, 변호사까지 탈탈 털어가"', 2019. 7. 5. 보도(https://news.joins.com/article/23516359#none, 2020. 12. 7. 검색)

한겨레, ‘김앤장 압수수색 뒤, 무서운 무반응’, 2018. 12. 14. 보도(http://www.hani.co.kr/arti/society/society_general/874457.html#csidxa311e9a6bb2abb6a1a52619e5ac560b, 2020. 12. 7. 검색)

2. 외국문헌

Adjoa Linzy. (2011). "The Attorney-client privilege and Discovery of Electronically-stored Information," Duke Law & Technology Review. 5.

Anne E. Conroy. (2017). Reevaluating Attorney-Client Privilege in the Age of Hackers, 82 Brook. L. Rev. 1821.

Ashley N. Ramm. (2018). It's the End of Privilege as we know it, and I don't feel fine: The deterioration of the Corporate Attorney-Client Privilege and Work Product Protection in the European Union, United Kingdom, and Germany, 87 U. Cin. L. Rev. 301

Bankim Thanki QC (2018), "The Law of Privilege 3rd Edition", Oxford University Press.

Burke T. Ward, Sipior, J. C., Hopkins, J. P., Purwin, C., & Volonino, L. (2012). Electronic discovery: Rules for a digital age. Boston University Journal of Science & Technology Law, 18(1), 150.

Catherine J. Lanctot. (1999). Attorney-Client Relationships in Cyberspace: The Peril and the Promise, 49 Duke L.J. 149-152.

Carol A. Needham. (1997). Splitting Bar Admission into Federal and State Components: National Admission for Advice on Federal Law, 45 U.Kan. L. Rev. 453, 461.

Geoffrey C. Hazard, Jr. (1978). An Historical Perspective on the Attorney-Client Privilege, 66 Calif. L. Rev. 1061-1088.

George Fisher, Evidence (2nd edition), Thomson West. 2008.

Hamish Stewart. (2001). The Principles of Fundamental Justice and s. 488.1 of the Criminal Code, Criminal Law Quarterly, 45.

Harvard Law Review Association, (1985). Developments in the Law - Privileged Communications, 98 Harv. L. Rev. 1456.

Jack H. Friedenthal. (1962). Discovery and Use of an Adverse Party's Expert Information, Stanford Law Review, 14(3). 456-458.

Jeffrey Schacknow. (2017). Applying the Common Interest Doctrine to the

Third-Party Litigation Funding, 66 Emory L.J. 1469.

Les cahiers du Conseil National des Barreaux, THE LEGAL English Version PROFESSION IN FRANCE, May 2014.

Lista M. Cannon. (2007). Comparative Approaches to the Attorney-Client Privilege in the US, Canada, UK & EU, 8 Sedona Conf. J., 126.

Lynn, Veronica. (2020). (Eds.), "The Right to Counsel and the Protection of Attorney-Client Privilege in Criminal Proceedings-A Comparative View", Springer.

Megan M. La Belle. (2017) Privilege for Patent Agents, Boston University Journal of Science & Technology Law, 23(2). 350-376.

Robert G. Clyne & Alexander P. Conser. (2015). Attorney-Client Privilege and the Admiralty Practitioner in the Twenty-First Centry, 89 Tul. L. Rev. 1189-1195.

Susan R. Martyn·Lawrence J. Fox·W. Bradley Wendel, "The Law Governing Lawyers-National Rules, Standards, Statutes, and State Lawyer Codes (2011-2012 Edition)", Wolters Kluwer, 2019.

United States v. Zolin, 491 U.S. 554 (1989); George Fisher, Evidence (2nd edition), Thomson West, at 920-927.

William T. Barker. (2017). the Attorney-Client Privilege, Common-Interest Arrangements, and Networks of Parties with Preexisting Obligations. Tort Trial & Insurance Practice Law Journal, 53(1), 1-102.

日本弁護士連合会, "弁護士と依頼者の通信祕密保護制度に関する最終報告", 2016. 2.

Abstract

A Study on the Attorney-Client Privilege

Seo Jooyeon · Yoon Jonghaeng · Cheon Haram

It can be said that the discussion on whether privilege such as Attorney-Client Privilege(ACP) or Legal Professional Privilege(LPP) under the common law can be identified or recognized started in earnest in 2016. At that time, there was a strong criticism from the legal community and the academia regarding search and seizure on law firms for reasons of cases under investigation by the prosecution but the prosecution has searched and seized the law firms to which a lawyer belongs or lawyer's office which takes the case.

Under such circumstances, attorney-client privilege can be reviewed to protect it institutionally from the perspective of defense right and social benefits. In other words, there is nothing more important than the assistance of lawyers to protect the legitimate rights or interests of a client. From the perspective of social benefits, clients can consult with lawyers, get appropriate assistance from lawyers and comply with laws and procedures in the society. Through the attorney-client privilege, the right to get sufficient assistance from lawyers can be guaranteed.

The method and scope of this research can be divided into four categories broadly.

First, this study looks at the institutions regarding confidentiality under the current law to define the meaning and concept of the attorney-client privilege. Applicable laws such as the Constitution, Criminal Procedure Act, Civil Procedure Act, Attorney-At-Law Act, precedent cases, and internal rules of criminal justice

agency and relevant organizations were reviewed and in particular, precedent studies on the relationship between attorney and client, the meaning of confidentiality or keeping confidentiality, applicable scope and limitation of the obligation were analyzed focusing on the lawyer's duty of confidentiality already defined by laws.

Second, the results of survey on the current state of infringement of attorney-client privilege conducted by the Korean Bar Association is presented to identify the current state of practices regarding attorney-client privilege. In-depth analysis was conducted on the entity and method of infringement of attorney-client privilege and the attorney's response was divided into the need for correct judgement by the court, raising awareness of the investigation agency, legislative action, institutional improvement, strict response at the level of association. In addition, data regarding policy discussions on the attorney-client privilege held or participated by the Korean Bar Association, opinion on the proposed bill to revise Attorney-At-Law Act partially to the 19th, 20th and 21th National assembly for the purpose of adopting attorney-client privilege, questions and response of the association on the case of infringement of attorney-client privilege were reviewed and we listened to the opinion of lawyers and experts regarding the data and opinion sheet through consultations.

Third, this study reviewed laws and currents state of the attorney-client privilege in many countries around the world to identify comparative implications as the system is originated from the common law. In particular, the legislative examples of the US, the EU, European Court of Human Rights, European Court of Justice, the UK, Germany, France, Netherlands, Belgium, Sweden, Spain, Canada and Japan were reviewed focusing on the requirements and effects of the right to refuse testify and the privileges in the search and seizure procedure and privilege in the digital evidence which are the issues in Korea are covered in this study.

Fourth, this study is intended to demonstrate the need for and legitimacy of the adoption of attorney-client privilege in the current legal system and practices and present more elaborate ways for legislation for smooth legislation process and making the system take root stably. Whether the infringement of attorney-client privilege is unconstitutional or illegal under the current legal system and practices and the need for attorney-client privilege in not only criminal procedures but also civil and administrative procedures were identified. In addition, the proposed bill to partially revise Attorney-At-Law Act in the 19th, 20th and 21st National Assembly was assessed and analyzed at the level of entity involved in keeping confidentiality, target, applicable scope and exceptional cases. Lastly, a bill is proposed to adopt attorney-client privilege which can improve the current legal system and practices as a conclusion of this study.

연구총서 20-AB-09

변호사와 의뢰인 간 비밀유지권에 관한 연구

발　　행 | 2020년 12월
발 행 처 | 한국형사정책연구원
발 행 인 | 한 인 섭
등　　록 | 1990. 3. 20. 제21-143호
주　　소 | 서울특별시 서초구 태봉로 114
전　　화 | (02)575-5282
홈페이지 | www.kic.re.kr
정　　가 | 7,000원
인　　쇄 | (사)한국장애인이워크협회 02) 2272-0307
I S B N | 979-11-89908-95-9

• 사전 승인없이 보고서 내용의 무단 전제 및 복제를 금함.