

# 변호인의 비밀유지의무와 공적 이성

-완전주의 관점에서의 진실의무-

## The Attorney's Duty of Confidentiality and Public Reason

-The Duty of Truth from a Perfectionist Perspective-

임 현 경\*

Yim, Hyunkyung

### 목 차

- |                          |                              |
|--------------------------|------------------------------|
| I. 서론                    | IV. 공적 이성론에 따른 변호사윤리의 딜레마 해결 |
| II. 비밀유지의무와 비밀유지권의 최신 동향 | V. 결론                        |
| III. 전문가 윤리에 관한 기본 모델    |                              |

변호사가 형사절차에서의 변호인으로서 겪는 비밀유지의무와 진실의무 사이의 딜레마는 오랫동안 자유주의 형사법 전통에서 변호사윤리의 핵심 주제로 다루어져 왔다. 실정법상으로는 헌법상 변호인의 조력을 받을 권리의 실질적 보장과 변호사의 공익적 지위를 조화시키기 위하여 의뢰인의 비밀을 누설하여서는 안되는 것이 원칙이지만 ‘중대한 공익상 필요’가 있는 경우에 예외적으로 가능하다는 법리가 정립되어 왔다. 본 연구에서는 이러한 법리만으로는 쉽게 해결되지 않는 한계사례(hard case)를 법철학적인 사고실험의 방법으로 제시하고, 완전주의 관점에서 비밀유지의무와 진실의무 사이의 원칙과 예외 관계를 전환시킨 새로운 변호사윤리를 구성하여 제안하고자 한다.

먼저 응용윤리학 중 전문가윤리를 길드형 규칙으로 제시하는 모델은 비밀유지의무가 왜 직업윤리로서 유용하고 필요한지에 대해서는 설명해주지만, 윤리적인 문제에 대해서는 전혀 답해주지 않는다. 소명모델은 공직자 윤리의 딜레마를 해결하기 위해 제안된 것으로서, 헌법적 가치를 추구함으로써 문제를 해결한다는 점에서 공적 이성의 이상과 닮아 있다. 이에 본

<https://doi.org/10.35148/ilsilr.2026..63.149>

투고일: 2026. 2. 28. / 심사완료일: 2026. 3. 24. / 게재확정일: 2026. 4. 6.

\* 법무법인 린 변호사, 법학박사(법철학 전공)

Law firm Lin, Attorney at law

연구에서는 포용적 공적 이성<sup>1)</sup>에 관한 롤즈의 후기 이론을 바탕으로, ‘어떤 경우에도 거짓말을 해서는 안된다’는 칸트의 의무론적 도덕철학의 일부를 공적 이성으로 통합시키고자 하였다.

이를 위해 ‘국가가 자유주의적 중립성을 넘어 좋은 삶을 위해 적극적으로야 한다’는 완전주의적 관점에 따라 형사절차의 변호인에게는 범죄의 중대성을 가리지 않고 진실의무가 우선되고, 비밀유지의무는 예외로 삼되 비밀유지특권을 중심으로 재구성할 것을 제안한다. 그렇게 되면 제시된 한계사례에서 변호인은 윤리적 딜레마 속에서 무죄 변론을 하는 것이 아니라, 후견주의적 조력을 직무의 내용으로 삼아 피고인을 자백하도록 설득하고 양형에서 유리한 사정으로 참작 받도록 하는 것을 확실한 행동규범으로 삼을 수 있게 된다. 특히 응보가 아닌 회복과 예방 중심의 형사정의론에 따라 자수의 법리를 응용하여 - 공판 단계에 이르러 변호인의 후견주의적 조력에 의해 비로소 자백하였을 때도, 충분한 피해회복이 되었을 것을 전제로 면책하거나 추가기소할 수 없도록 하는 - 입법적 보완까지 동반되면, 형사절차에서 변호인의 윤리는 진실의무가 원칙이나, ‘피고인이 자백과 양형변론의 가치를 이해하지 못하는 심각한 무지 상태일 때’에만 극히 예외적으로 비밀유지의무가 우선되는 것으로 실효적으로 재구성될 수 있다.

**[주제어]** 변호사윤리, 비밀유지의무와 진실의무 사이의 딜레마, 포용적 공적 이성, 완전주의, 후견주의적 조력에 의한 자백

## I. 서론

변호사가 형사절차에서의 변호인으로서 겪는 비밀유지의무와 진실의무 사이의 딜레마는 실정법상 변호인의 대립 당사자로서의 지위와 공익적 지위를 고려하여, 원칙적으로는 직무상 알게 된 의뢰인의 비밀을 누설하여서는 안되지만 ‘중대한 공익상 필요’가 있는 경우에 예외적으로 가능하다<sup>1)</sup>는 법리가 정립되어 왔다. 본 연구에서 이러한 법리만으로는 쉽게 해결되지 않고 법철학적인 사고실험의 방법으로 해결하고자 하는 한계사례(hard case)는 다음과 같다. 만약 그 어떠한 중대한 신체 상해도 발생하지 않고 국가의 안전과 공공의 질서유지에도 거의 영향이 없을 정도로 피해가 매우 경미한 일반 경제범죄를 저지른 한 의뢰인이, 수사단계에서는 변호인의 조력 없이 혼자 자신의 무죄를 주장하다가 기소 후 공판을 앞둔 단계에서 선임된 변호인에게만 자발적으로 범죄사실을 털어놓으며 충분한 보강증거도 함께 보여주는 동시에

1) 변호사는 의뢰인과 분쟁이 발생한 경우에 자신을 위하여 비밀을 이용할 수 있다. 즉, 변호사는 자신의 권리를 방어하기 위하여 필요한 경우에는 최소한의 범위에서 이를 공개 또는 이용할 수 있다(변호사윤리장전 제18조 제4항).

무죄 변론을 해달라고 부탁하였고, 이 의뢰를 받은 변호사 모두가 사임하고 마지막 단 한 명의 변호사가 남은 경우, 이 변호사에게 법은 어떠한 행동지침을 줄 수 있을까.

이 한계사례에서 피고인의 범죄사실은 중대한 공익이 문제되는 사안이 아니어서 비밀유지의무의 예외로서 인정받을 수 없다. 그렇다고 이 변호사에게 진실의무도 없는 것일까. 이 변호사는 비밀유지의무를 이유로 검사가 제시한 증거만으로는 유죄 입증에 필요한 증거가 부족하다는 취지의 무죄변론을 할 수는 있겠지만 직관적으로는 진실의무를 이유로 모종의 노력 끝에 양형변론을 하는 것이 양심상 옳다. 이 변호사가 실정법상 무엇을 할 수 있을까. 실정법상으로는 할 수 있는 것이 부족하다면 법철학의 차원에서 이 변호사에게 행동규범을 제공할 이론은 무엇이 될 수 있을까.

본 논문에서는 이에 대한 답을 위해 다음과 같이 구성된다. 먼저 응용윤리학에서 컨설턴트, 회계사 등 더 넓은 범위의 전문직에 적용하는 전문가 윤리와 공직자 윤리 모델을 차례로 살펴보고, 마지막으로 법 영역으로 돌아와 공적 이성으로 변호사 윤리를 재구성해보고자 한다. 즉 본 논문의 후반부에서는 변호사윤리가 공적 이성<sup>1)</sup>에 의해 어떻게 정당화되고 구성될 수 있을까라는 질문에 답하고자 한다. 연구방법은 김도균이 공적 이성의 하위 범주로서 법적인 공적 이성 이론의 가능성을 탐색<sup>2)</sup>하고, 법 영역에서 특정 포괄적 교리가 공적 이성의 테스트를 통과할 수 있는지를 논증<sup>3)</sup>한 것을 따른다.<sup>4)</sup> 변호사윤리 역시 공적 이성이 지배하는 영역이 될 수 있을까. 본 연구에서는 위 물음에 긍정적으로 답함으로써 소송에서의 변호사윤리를 ‘진실의무가 원칙이고 비밀유지의무는 예외적 상황에서 비밀유지특권으로 축소’된 형태로 새롭게 제안하고자 한다.

## II. 비밀유지의무와 비밀유지권의 최신 동향

### 1. 비밀유지의무에 관한 최신 연구

최근 변호사 윤리의 핵심 화두는 AI 도입에 따른 변호사의 비밀유지의무 준수

2) 김도균, “공적 이성과 법적 논증”, 법철학연구 제24권 제2호, 한국법철학회, 2021, 7-42쪽.

3) 김도균, “공적 이성과 지구법학 -지구법학적 공적 이성의 가능성-”, 외법논집 제50권 제1호, 한국외국어대학교 법학연구소, 2026, 23-50쪽.

4) 김도균, “공적 이성과 법적 논증”, 14쪽.

문제다. 변호사가 AI를 활용하는 과정에서 의뢰인의 정보를 철저히 보호해야 한다는 논지<sup>5)</sup>가 주를 이루지만, 모든 법적 결정과 윤리적 판단은 결국 인간 변호사의 감독하에 이루어져야 하며, 변호사는 AI가 제기하는 윤리적 도전에 진실성, 책임성, 투명성으로 이루어진 도덕성으로 대응해야 기술과 법, 사회 사이의 핵심 중개자로서의 직업적 핵심 가치를 유지할 수 있다고 제안하는 연구가 주목받고 있다.<sup>6)</sup> 다른 한편에서는 영미권의 법률산업이 성공보수에 기반을 두고 주식시장에 상장될 수 있도록 허용됨으로써 주주 중심으로 금융화된 것이 결정적으로 변호사 윤리에 일종의 퇴행적 변화를 가져왔다는 연구들도 눈에 띈다.<sup>7)</sup> 이에 대하여 전문적·상업적 이익과 공공·의뢰인 이익 간의 갈등은 법률 업무에서 충분히 통합되어 가고 있다는 반론이 있다.<sup>8)</sup>

Loacker는 최근 AI도입과 금융화에 따른 변호사들의 윤리 의식 변화는 인정하면서도 이것이 도덕성의 쇠퇴나 부재라는 주장에 도전한다.<sup>9)</sup> 변호사들 스스로 윤리적 문제를 전문직 윤리 문제로 다루기보다는 합법성의 문제로 실체화하여 기술적·법적, 관리적 문제로 전환하는 경향에 주목할 필요<sup>10)</sup>가 있다는 것이다. 윤리적 갈등 상황에서 도덕성을 지향하기보다는 이를 지적 질문, 창의성의 문제로 보고 합법성과 책임성의 문제로 전환하여 그 답을 찾자 하는 현상인데,<sup>11)</sup> 이때 변호사가 스스로를 이른바

- 
- 5) Cliff McKinney, “Ethics Of Artificial Intelligence For Lawyers: I’m Sorry Dave, I’m Afraid I Can’t Do That: Competence, Confidentiality, And Communication”, *Arkansas Law Notes Vol. 1-2026*, University of Arkansas, 2026, p. 6.
- 6) Stuart Weinstein, “AI Consumer Protection and the Robot Lawyer: Policy Optionality in the FTC’s DoNotPay Case”, *J Consum Policy Vol. 49 no. 2*, Springer, 2026, p. 10, 21 참조.
- 7) Bernadette Loacker, “Does the Ethos of Law Erode? Lawyers’ Professional Practices, Self-Understanding and Ethics at Work”, *J Bus Ethics Vol. 187*, Springer, 2023, p. 41; Jyoti, “The Duty of Lawyers to the Court vs. Client Loyalty in India”, *International Journal of English Literature and Social Sciences Vol. 9, iss. 3*, IJELS, 2024, p. 555; Paula Baron/Lillian Corbin, “The unprofessional professional: Do lawyers need rules?”, *Legal Ethics Vol. 20 no. 2*, Taylor & Francis, 2017, pp. 155-173 참조. 이와 달리 인도 대법원에서는 변호사 윤리가 의뢰인 중심 윤리에서 정의 중심 윤리로 진화하고 있다고 평가하는 관점에 대해서는 Jyoti, *op. cit.*, pp. 551-554 참조.
- 8) Steven Vaughan/Emma Oakley, “‘Gorilla exceptions’ and the ethically apathetic corporate lawyer”, *Legal Ethics Vol. 19 iss. 1*, Taylor & Francis, 2016, pp. 50-75.
- 9) Bernadette Loacker, *op. cit.*, p. 35.
- 10) Richard Moorhead/Victoria Hinchly, “Professional minimalism? The ethical consciousness of commercial lawyers”, *Journal of Law and Society Vol. 42 iss. 3*, Wiley, 2015, pp. 387-412.
- 11) Bernadette Loacker, *op. cit.*, pp. 26-47. Loacker는 이와 같이 윤리의 문제를 합법성과 지적인 문제로 전환하는 것을 일종의 ‘윤리적 감수성의 연속체’로 본다. 해당 연구대상이 된 변호사의 진술내용은 다음과 같다. “세금 절감 문제를 운동선수적 관점에서 접근할 수도 있습니다. 일부 변호사들은 모든 지적 노하우와 창의력을 동원해 고객에게 유리한 새로운 해결책을 제시하죠... 윤리적 갈등이 어디

‘법 기술자’(lawyer technician)로 제한하는 문제가 생긴다.<sup>12)</sup> 법기술자로서의 변호사는 법실무에 윤리적 긴장과 회색 지대가 법적 허점의 형태로 내재해 있다고 보고, 기술자의 상에 대체로 부합하는 실용적이고 중립적 입장을 채택함으로써 윤리적 문제를 축소시킨다.

## 2. 비밀유지의무에 관한 규정 및 판례

변호사의 의뢰인에 대한 비밀유지의무는 변호사의 직업윤리의 핵심을 이루는 것으로서 특히 자유주의 형사법학의 전통에서 매우 중요시되는 당사자주의<sup>13)</sup>에 의해 뒷받침되어 왔다. 비밀유지의무는 자기부죄금지원칙, 피고인의 방어권 보장, 형사소송의 무기대등원칙 등이 형해화 되는 것을 막고 헌법상 공정한 재판을 받을 권리를 실질적으로 보장하기<sup>14)</sup> 때문이다. 이에 따라 변호사법 제26조는 변호사 또는 변호사였던 자는 그 직무상 알게 된 비밀을 누설하여서는 아니 된다고 하여 변호사의 비밀유지의무를 규정하고 있다.

그런데 동시에 같은 법 제24조 제2항에서는 변호사가 그 직무를 수행할 때에 진실을 은폐하거나 거짓 진술을 하여서는 안된다고 규정하고 있고, 같은 법 제2조에서는 변호사는 변호사의 지위를 공공성을 지닌 법률 전문직으로서 독립하여 자유롭게 그 직무를 수행한다고 규정한다. 이처럼 변호인은 의뢰인의 방어권 행사를 위한 보호자적 지위와 실제 진실발견을 지향하는 형사절차의 적정한 진행에 협력해야 할 공익적 지위를 함께 갖는다.<sup>15)</sup> 비밀유지의무는 특히 진실의무와의 관계에서 형사재판의 변

---

서 시작되는지 물을 수 있습니다... 제 사건 대부분은 상당히 추상적입니다. 복잡한 경제 네트워크에서 저는 사소한 역할을 하며 대체로 중립적인 컨설턴트 역할을 합니다... 문제는 제가 누군가에게 해를 끼치는가입니다. 하지만 이런 네트워크에서 인간의 생명이 걸리는 경우는 거의 없죠... 그래서 저는 여기서 도덕적 문제를 느끼지 않습니다. 저는 이를 주로 지적 도전으로 여깁니다.”

- 12) Sundeep Aulakh/Ian Kirkpatrick, “New governance regulation and lawyers: When substantive compliance erodes legal professionalism”, *Journal of Professions and Organization* Vol. 5 no. 3, Oxford University Press, 2018, pp. 167-183.
- 13) 오병두, “당사자주의와 직권주의 -2007년 형사소송법 개정 전후시기의 논쟁을 중심으로-”, *홍익법학* 제18권 제4호, 홍익대학교 법학연구소, 2017, 253-272쪽.
- 14) 김현수, “변호사의 비밀유지의무와 권리에 관한 고찰”, *저스투스* 제177호, 한국법학원, 2020, 411-435쪽; 한애라, “의뢰인-변호사 간 비밀유지권에 관한 검토 및 개선방향”, *법조* 제68권 제4호, 법조협회, 2019, 234쪽; 김은열, “변호인·의뢰인 비밀유지권과 압수에 관한 입법 개선 -형사소송법 제112조 압수거부권 조항 등의 현행 해석론과 개정안의 한계를 중심으로-”, *형사정책* 제35권 제2호, 한국형사정책학회, 2023, 153-184쪽.

호인이 공정한 법률체계의 수호자, 공공의 시민으로서 자신의 정체성을 정의하기를 원하는 경우 심오한 수준의 내적 충돌을 일으키며, 대립 당사자주의로 인한 일종의 폐단으로 파악<sup>16)</sup>되기도 한다.

이러한 비밀유지의무와 진실의무, 대립당사자와 공익적 지위를 종합적으로 고려하여, 변호사는 원칙적으로 직무상 알게 된 의뢰인의 비밀을 누설하여서는 안 되고, ‘중대한 공익상 필요’가 있는 경우에 예외적으로 가능하다는 법리가 정립되어 왔다. 그러나 이 중대한 공익상 필요가 구체적으로 어떠한 경우를 말하는지는 해석의 문제로 남겨져 있다.<sup>17)</sup> 한편 미국의 변호사직무행위표준규칙 제4조에서는 타인에 대한 진실의무로서 제3자에게 중요한 사실이나 법에 대하여 허위의 진술을 금지하면서, 적극적인 허위진술과 동일시되는 침묵의 경우도 오도진술로서 허위진술과 마찬가지로 규정하고 있다. 위 규칙에 따르면 이 경우 변호사는 사임을 함으로써 의뢰인의 범죄 또는 사기행위예의 조력을 피하도록 한다.<sup>18)</sup> 실제 윤리적 딜레마를 겪는 변호사는 비밀유지의무라는 원칙을 지키면서도 공익적 지위를 저버리지 않기 위해 사임을 가장 쉬운 해결책으로 삼을 수 있지만, 한계사례에서와 같이 마지막 남은 변호사라면 이조차도 선택지에서 제외된다.

- 
- 15) 김병수, “변호사의 비밀유지의무와 진실의무”, 법학연구 제48권 제2호, 부산대학교 법학연구소, 2008, 353-377쪽; 김승래, “한국 법조윤리와 윤리장전에 관한 소고”, 인권과 정의 제337권, 대한변호사협회, 2004, 69-78쪽. 변호사가 직면하는 책무 간 갈등을 의뢰인의 대변인, 공정한 법률체계의 수호자, 공공의 시민이라는 세 가지 측면으로 파악한 연구는 이재방, “변호사의 직무상 책임과 윤리의 충돌”, 홍익법학 제8권 제3호, 홍익대학교 법학연구소, 2007, 44쪽.
  - 16) 최민용, “변호사의 열성적 변론과 한계를 일탈한 변론에 대한 제재 -미국의 판례와 이론을 중심으로-”, 법학논고 제52권, 경북대학교 법학연구원, 2015, 101-126쪽; 정형근, “변호사 직무의 공공성”, 한양법학 제30권, 한양법학회, 2010, 195-221쪽.
  - 17) 선행 연구 중 비밀유지의무의 예외로 인정받을 수 있는 ‘공익상 필요’를 가장 구체적으로 제시한 것은 “의뢰인의 비밀 중 위법행위와 관련된 것으로서 타인의 사망 또는 중대한 신체 상해 발생 방지 및 국가의 안전과 공공의 질서유지를 위하여 필요한 때와 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률상의 경제범죄로서 범행의 정도와 결과발생이 중대할 것이 우려되는 때”로 본 것이다. 본 연구의 한계사례는 이 연구에 기초하여 구성하였다. 김현수, 앞의 논문, 411-435쪽. 한편 대한변호사협회 변호사관리장전 제18조에서는 중대한 공익상의 이유 외에도 “변호사 자신의 권리를 방어하기 위하여 필요한 경우에는 최소한의 범위에서 이를 공개 또는 이용할 수 있다”고 규정하고 있다.
  - 18) 미국 변호사협회(American Bar Association) 직무행위표준규칙(Model Rules of Professional Conduct). 김연미, “법률가의 협상업무를 위한 법조윤리 -미국 변호사 직무행위표준규칙을 중심으로-”, 성균관법학 제25권 제2호, 성균관대학교 법학연구원, 2013, 340-342, 345쪽 참조.

### 3. 비밀유지특권과의 관계

비밀유지를 권리로서 이해하는 것은 비밀유지의무와 진실의무 사이의 긴장 관계에서 이해하는 것과는 다른 차원의 문제이지만, 그와 관련한 가장 핵심적인 비판과 우려가 실체진실 발견에 관한 것이라는 점은 정확히 같다.<sup>19)</sup> 법률 제21357호로 2026. 2. 19. 일부개정되어 2027. 2. 20.부터 시행 예정인 변호사법 제26조의2는 변호사의 조력을 제공하거나 받을 목적으로 이루어진 비밀인 의사교환 내용을 공개하지 아니할 수 있으며, 변호사가 수임한 사건과 관련하여 소송, 수사 또는 조사를 위하여 작성한 서류나 자료를 공개하지 아니할 수 있다는 내용의 비밀유지특권에 대해 규정하면서, 실체적 진실 발견을 위해 같은 조 제3항에서 그 예외를 중대한 공익상 필요 등으로 규정했다.<sup>20)</sup>

이어서 대법원 2026. 2. 20. 자 2024모730 결정에서도 변호인의 조력을 받을 권리는 헌법상 기본권이자 법치국가원리, 적법절차원칙에 따라 피의자·피고인과 국가권력 사이의 실질적 대등을 이루고 이로써 공정한 형사절차를 실현하기 위한 헌법적 요청<sup>21)</sup>으로서, 위 입법예고안과 유사하게 원칙적으로는 법률자문 서류 등을 압수하는 행위는 위법하지만, 중대한 공익상 필요가 있는 경우에만 예외적으로 허용된다고 판시하였다.

위 결정에서는 ‘중대한 공익상 필요가 있는지’ 여부를 판단하기 위한 기준으로서 ‘범죄 혐의의 중대성, 압수물의 증거가치 및 중요성, 압수로 인한 변호인의 조력을 받을 권리의 침해정도’ 등이 제시되었으나, 이 기준을 한계사례에 유추 적용해보더라도 실체적 진실발견을 위한 진실의무와 비밀유지의무의 딜레마가 완전히 해결되는 것은 아니다. 즉 범죄 혐의가 경미한 것이라도 의뢰인이 자백한 것과 보강증거의 가치가 유죄 판단에 핵심적이라면 중대한 공익상 필요가 있는 것으로 볼 수 있어

19) 김상현, “변호사의 비밀유지권 도입론에 대한 검토 -미국 제도 및 운용상황에 대한 심층 분석을 중심으로-”, 형사법의 신동향 제85권, 대검찰청, 2024, 128, 136, 150쪽; 정준혁, “의뢰인-변호인 간 비밀유지권 제도 설계의 고려사항”, 저스투스 제206권 제1호, 한국법학원, 2025, 78-107쪽.

20) 의뢰인등의 승낙이 있는 경우(제1호), 변호사가 의뢰인등과 공범관계에 있거나 의뢰인등의 증거인멸, 범인은닉, 장물취득 등 범죄 기타 위법행위에 관여하거나, 의뢰인등이 제1항에 따른 의사교환 내용 또는 제2항에 따른 서류나 자료를 위법행위에 사용하거나 사용하려고 한 경우 등 중대한 공익상 필요가 있는 경우(제2호), 변호사와 의뢰인등 사이에 발생한 분쟁과 관련하여 변호사가 자신의 권리를 행사하거나 방어하기 위하여 필요한 경우(제3호)에 예외적으로 공개할 수 있도록 하고 있다.

21) 헌법재판소 2017. 11. 30. 선고 2016헌마503 결정; 대법원 2021. 11. 25. 선고 2019다235450 판결.

비밀유지의무의 예외가 될 수 있다. 그러나 변호인을 신뢰하여 자백한 것을 공개해버리면 헌법상 변호인의 조력을 받을 권리를 변호인 스스로 정면으로 침해하는 것이기 때문에, 여전히 진실의무를 우선할 수도 없다. 결국 한계사례에서 변호사가 경험하는 윤리적 딜레마는 자유주의 형사법 체계 하에 현존하는 실정법이나 비밀유지특권에 관한 법리의 유추적용으로도 완전히 해소되지 않고 결국 개인이 불확실한 형량으로 해결해야 하는 몫으로 남아있게 된다.

변호사의 비밀유지의무를 자유주의 형사법 전통 외에 어떤 이론으로 설명할 수 있을까. 만약 변호사의 비밀유지의무를 다른 맥락의 이론에서 설명하고 검토할 수 있다면 그러한 이론들이 자유주의 형사법학만으로는 해결되지 않는 한계사례에 대한 실마리를 제공해줄 수 있을 것이다. 이에 아래에서 응용윤리학 중 전문가윤리, 공직자 윤리에 관한 연구를 차례로 검토한다.

### Ⅲ. 전문가 윤리에 관한 기본 모델

#### 1. 본인-대리인 충실의무 - 길드형 규칙으로서 일상윤리와의 분리

일반적인 전문가 윤리에서 전문가들은 전문 지식과 그에 따른 역할 때문에 일상윤리나 도덕과는 반대될 수도 있는 고유한 권리와 의무를 가진다. 이를 전문가 윤리의 분리적 성격(separation)이라고 한다.<sup>22)</sup> 전문가 윤리가 분리적 성격을 갖는 가장 근본적인 원인은 전문가가 본인-대리인 관계에서 본인에게 신의성실해야 한다는 충실의무를 갖고 있기 때문이다. 전문가가 고객의 우선순위에 따르고 고객에게 미칠 실용적 영향을 고려하고 효율성을 추구하는 것은 대리인의 본인에 대한 성실의무이자, 동시에 전문직 서비스의 내용 그 자체이기도 하다.<sup>23)</sup> 이 관점에 따르면 전문가가 선불리 윤리적 고려를 앞세우기보다 고객의 이익을 충실히 대변함으로써 길드로서의 자기영역을 지키는 것은 쉽게 비난할 수 없다.<sup>24)</sup>

22) Alan Gewirth, "Professional Ethics: The Separatist Thesis", *Ethics Vol. 96 no. 2*, The University of Chicago Press, 1986, pp. 282-300.

23) 변호사윤리장전 제13조는 "변호사는 의뢰인에게 항상 친절하고 성실하여야 하며, 업무처리에 있어서 직업윤리의 범위 안에서 가능한 한 신속하게 의뢰인의 위임목적을 최대한 달성할 수 있도록 노력한다"고 규정하고 있다.

응용윤리학에서 변호사 윤리는 전문가 윤리 중 하나로서 길드형 규칙으로 정의되고 분류된다. 길드형 전문가 윤리는 고객에 대한 충성 의무와 충돌할 수 있는 일반 공익에 대한 의무가 존재하는 경우 전자를 우선하는 것의 도덕적 가치에 대해서는 그 답을 제공하지 않는다. “직업윤리의 주된 관심은 해당 직업의 사회적 유용성을 어떻게 가장 잘 증진시킬 수 있는지에 관한 것이기 때문에 그 답은 전문적 윤리 너머에 있다”<sup>25)</sup>는 것이다.

## 2. 역할윤리로서 비밀유지의무의 우선

이에 대해 자신의 이익보다 의뢰인의 이익을 먼저 고려해야 한다는 수탁자로서의 직업적 책무가 사회적 책무나 도덕적 의무보다 우선되어야 한다고 봄으로써 이 딜레마를 비교적 간단하게 해결하는 관점도 있다.<sup>26)</sup> 변호사는 자기 의뢰인을 위해 어떤 정보가 자신의 의뢰인에게 불리하게 작용할 것이라는 판단이 들면 직업윤리상 거짓말을 하는 것조차 허용된다는 것이다.<sup>27)</sup> 이 때의 거짓말은 소극적인 침묵으로서, 형법상 사기죄가 부작위에 의한 기망에 의해서도 성립하는 것과 유사하다.<sup>28)</sup>

위와 같은 직업 윤리에 관한 주장이 일견 기이해 보이는 것은 전문직 윤리의 행동기준을 따르는 것이 가끔 일반인들로서는 도덕적이거나 윤리적이라고 보기 어려운 결과를 초래하는 현상에 다름 아니다. “아이러니하게도 법조윤리(legal ethics)또한 윤리가

24) 김상현, 앞의 논문, 103-105쪽.

25) Peter Marcuse, “Professional Ethics and Beyond: Values in Planning”, *Journal of the American Institute of Planners Vol. 42 iss. 3*, Taylor & Francis, 1976, pp. 264-274; Rebecca L. Sandefur, “Elements of professional expertise: Understanding relational and substantive expertise through lawyers’ impact”, *American Sociological Review Vol. 80 iss. 5*, American Sociological Association, 2015, pp. 909-933; 백운재, “공정한 법률서비스 환경 조성을 위한 개선 방안 -불성실 변론과 변호사 보수 문제를 중심으로-”, 법조 제56권 제1호, 2007, 70-85쪽 참조.

26) 윤혜진, “변호사의 직업상 거짓말에 대하여”, 동서철학연구 제52권, 한국동서철학회, 2009, 378, 383쪽.

27) 윤혜진, 위의 논문, 376, 377, 382쪽 참조. 반대로 의뢰인을 위하여 최선을 다하여야 한다는 의무가 비윤리적인 행위까지 정당화하지는 못한다는 연구는 김연미, 앞의 논문. 다만 윤혜진은 후속연구에서 이를 다소 수정하였다. 윤혜진, “변호사의 신뢰 상실에 따른 윤리적 태도 확립을 위한 제언”, 법한철학 제59권 제4호, 법한철학회, 2010, 535-560쪽 참조.

28) 사기죄의 요건인 기망에는 신의와 성실의 의무를 저버리는 모든 적극적 또는 소극적 행위가 포함되고, 소극적 행위로서의 부작위에 의한 기망은 법률상 고지의무 있는 자가 일정한 사실에 관하여 상대방이 착오에 빠져 있음을 알면서도 이를 고지하지 아니하는 것을 말한다(대법원 2017. 4. 26. 선고 2017도1405 판결).

아니라 어디까지나 전문가 윤리(professional ethics)일 뿐<sup>29)</sup>이라는 표현에는 이러한 통찰이 잘 담겨 있다. 이에 따라 규칙공리주의에 따르는 도덕철학의 관점에서는 의뢰인에 대한 충실의무라는 규칙을 변경하는 것은 특히 심각한 부정이 발생할 가능성이 있을 때 매우 예외적으로, 전문직 윤리 준수가 아니라 특별한 ‘도덕적 변호사’들이 개인적 자기실현의 도덕 차원에서 의지를 발휘할 때만 가능해진다<sup>30)</sup>고 보기도 한다.

### 3. 소명모델과 공익 추구

한계사례의 윤리적 딜레마가 ‘도덕적 변호사’라는 특별한 개인 수준의 결단이 아니라 공적이고 제도적인 수준에서 해결될 수 있는 방법은 다음과 같은 헌법 지향적 모델에서 찾아볼 수 있다. 히스는 행정부의 공직자 윤리에서도 변호사 윤리와 유사하게 제도적 요구와 일상윤리가 충돌할 수 있다고 설명한다. 예를 들어 상관의 문서파기 명령은 ‘대중은 그 문서의 내용을 알 권리가 있다’는 일상윤리와 충돌한다. 히스에 따르면 이 충돌은 바로 역할윤리가 제도 내부의 도덕적 분업에서 유래한 것이기 때문에 발생한다. ‘도덕적 분업’이란 일반선이 어디에 있는지를 각 개인이 직접 판단하도록 맡겨두지 않고, 대신 이를 판단하기 위한 절차들이 마련되어 있는 것을 말한다. 히스에 따르면 “만약 지시 받은 일이 옳다고 판단될 때만 복종한다면 그러한 태도는 제도의 역할과 그에 따른 도덕적 분업을 진지하게 고려하지 않는 것”이다.<sup>31)</sup>

이 역할윤리는 신뢰위임관계에 있는 사람들의 이익에 대해 편애적인 배려(over partiality)를 요구하는데, 이 편애성에 따른 충실의무는 일상윤리에 의해 정당화되지 않을 뿐 아니라 심지어 그것과 충돌할 수도 있는 직업윤리상 도덕적 의무로서 앞서 설명한 본인대리인 충실의무에 해당한다. 히스의 통찰 중 흥미로운 것은 전문직 제도도 결국에는 특정인이 아니라 사회 전체를 위한 일반선을 추구하기 때문에, 전문가들이

29) 오세혁은 이와 같은 맥락에서 법조윤리는 그 명칭과 달리 일차적으로 법의 문제이며, 변호사법에서 변호사의 의무로 규정되고 해당 의무 위반에 대한 제재로서 징계가 문제되기 시작하는 순간 변호사 윤리는 윤리와 법의 경계를 넘어 법의 영역으로 깊숙이 진입한다고 설명한다. 오세혁, “변호사의 사적 비행(私의 非行)에 대한 징계 -정당화 논거에 대한 비판적 검토-”, 중앙법학회, 2016, 77-116쪽.

30) Thomas Jones/Frederick Gautschi, “Moral commitment and the ethical attorney,” *Business Ethics Quarterly* Vol. 2 no. 4, Cambridge University Press, 1992, p. 393, 402. 진실의무를 우선시하고 개인적 희생을 감수하는 것은 특별한 고도의 도덕적 발달을 필요로 한다는 것이다.

31) Joseph Heath, *The Machinery of Government: Public Administration and the Liberal State*, Oxford University Press, 2020. 본 단행본의 내용은 이민열의 국문번역본을 인용하였다.

직업윤리가 내면화되어 생긴 특정인에 대한 편애성과 일반선을 추구하는 일상윤리를 구별하지 못하게 된다는 것이다. 즉 변호사는 비밀유지의무를 일상윤리와는 이질적인 직업윤리로서 분명히 분리하여 인식하지 못한 채, 애매하게 같은 범주의 도덕적 의무로 여기고 자신이 일상윤리적인 도덕적 의무를 후순위에 두고 있다는 사실조차 알아채기 어렵게 된다. 더 나아가 경계선상의 행위에 반복적으로 노출되면 도덕적 감수성이 점차 무디어져 비윤리적 행동이 예외적이라기보다 일상적으로 보일 수 있다.<sup>32)</sup>

그러나 비밀유지의무가 일상윤리와 다른 직업윤리에 해당한다는 것을 분리하여 인식하는 것만으로는 진실의무와의 딜레마를 해결하지 못하고 오히려 내면의 갈등을 심화 시킬 뿐이다. 특정인에 대한 편애성은 비밀유지의무를, 일반선의 추구는 진실의무를 각각 지지하기 때문이다. 이 지점에서 히스가 전문가윤리와 일상윤리를 통합하기 위해 제안하는 것은 소명(vocational)모델로서, “공직 윤리도 전문가 윤리의 일종이지만 평등, 자유, 재산권이라는 헌법적 가치들에 대한 헌신을 중심으로 조직되어야 한다”는 것이다. 이 모델은 직업공무원의 법의 지배에 대한 헌신은 한낱 합법성이나 개인에 대한 헌신(mere legality)이 아니라 헌법에 대한 추상적인 헌신이라는 관점에서 윤리를 이해하고 구성한다.<sup>33)</sup>

히스는 의사가 환자에 대해 의무를 지지만 그 의무의 내용은 환자가 결정할 수 있는 것이 아닌 것처럼, 소명모델에 따르는 공직자도 시민이 실제 요구하는 것이 아니라 헌법적 가치들에 대한 헌신을 중심으로 그 내용이 결정되는 공직 윤리에 따라야 한다고 주장한다.<sup>34)</sup> 이를 위해 변호사와 의뢰인과의 관계도 목적-수단 관계에서 법적인 지식을 제공하는 관계보다 더 전인적이고 후견적인 관계로 이해할 필요가 생긴다. 즉 수단과 목적의 관계에서 무엇을 목적으로 추구할 것인지는 의뢰인이 결정하고, 다음으로 어떤 수단을 동원할 것인지에 관해서만 법률가가 서비스를 제공하는 것으로 협소하게 이해될 수도 있지만, 변호사가 어떠한 목적과 가치를 추구할지에 관한 조언을 헌법적 가치에 비추어 사익보다 더 넓은 관점에서 제공할 수도 있다. 이렇게 되면 변호사는 충실의무의 내용을 일차원적으로 의뢰인의 사익에 대한 헌신으로 구성할 것이 아니라 ‘의뢰인이 헌법적 가치에 헌신할 방법을 조언’하는 것으로 그 구체적 내용을 결정할 수 있다.

32) Jyoti, *op. cit.*, p. 555.

33) Joseph Heath, *op. cit.*, footnote 89.

34) Joseph Heath, *Ibid.*, footnote 99, 111.

## IV. 공적 이성론에 따른 변호사윤리의 딜레마 해결

### 1. 이성의 공적 사용

소명모델은 공적 이성의 렌즈를 통해 더욱 적절히 변호사 윤리 모델로 통합될 수 있다. 공적 이성이란 민주적 사회에서 공적 결정에 참여하는 동등한 시민의 자격을 가진 평등한 사람들의 이성으로서 논거·이유를 근거로 삼아 행동의 목적을 설정하고 결정을 내리는 지적·도덕적인 능력을 말한다. 법의 공적 정당화는 합익(合益)적이고 합리적인 존재로서의 시민들 모두가 타당하다고 합리적으로 수용할 수 있어야 한다.<sup>35)</sup> 시민들은 정당화 과정에서 논쟁적이고 특정 종파에서만 접근가능하고 통용될 뿐인 논거·이유들을 배제하는 일종의 자기제한을 해야 할 의무를 서로에게 진다.<sup>36)</sup>

공적 이성이 무엇인지 보다 명확히 이해하기 위해서는 공적 이성이 아닌 것이 무엇인 지라는 질문으로 바꾸어 답하는 것이 도움이 된다. 비공적인 이성(nonpublic reason)으로서 제한해야 할 대표적 사례는 “종교 교회들, 대학, 사회단체와 같은 시민사회의 결사체들이 행사하는 것”<sup>37)</sup>이다. 이러한 특정 종교나 철학적 입장에서만 통용되는 교리나 원리는 논거·이유는 비상호적인 논거·이유<sup>38)</sup>로서 공적 이성이 아닌 것이 된다. 다음으로 포괄적 교리도 공적 이성에 해당하지 않는다. 포괄적 교리는 “삶의 의미, 도덕적 가치, 인간 관계, 종교적 신념 등 개인의 전반적인 삶의 방식과 가치관을 형성하는 광범위하고 완전한 신념 체계”를 의미하며, 그 자체로는 공적 이성이 될 수 없다. 다만 롤즈는 전작 『정의론』에서는 공적 정당화 과정에 종교와 같은 포괄적 교리를 배제하는 배제적 공적 이성(exclusive public reason)을 제시했지만,<sup>39)</sup> 그 후 『정치적 자유주의』에서는 포괄적 교리라도 공적 이성이 지향하는 가치들을 강화할 수 있는 합리적인 논거라면 정당화 과정에서 제시할 수 있다는 포용적 공적 이성(inclusive public reason)을 전개했다.<sup>40)</sup> 포용적 공적 이성론에 따르면 적어도 포괄적 교리의 합리적 일부는 미국에

35) 김도균, “공적 이성과 법적 논증”, 18쪽.

36) 존 롤즈, 장동진 옮김, 『정치적 자유주의』, 동명사, 2016, 654-663쪽.

37) 김도균, “공적 이성과 법적 논증”, 16-17쪽. 포괄적 교리의 관점에서 분석한 연구는 송시섭, “‘종교적’ 관점에서 본 변호사윤리-변호인·의뢰인관계를 중심으로-”, 법학논총 제40권 제1호, 전남대학교 법학연구소, 2020, 1-27쪽.

38) 김도균, “공적 이성과 법적 논증”, 15쪽.

39) 존 롤즈, 황경식 옮김, 『정의론』, 이학사, 2003, 289쪽, 292쪽.

40) 김도균, “공적 이성과 지구법학-지구법학적 공적 이성의 가능성-”, 36쪽.

서 노예제를 반대한 기독교 교리의 일부가 공적 이성 및 미국 실정법의 일부가 된 것과 같이, 공적 이성의 일부가 될 수 있다. 롤즈가 “합당한 포괄적 교리 내에서 이루어지는 진실한 판단은 이와 관련된 정치관 내에서 이루어진 합당한 판단과 절대로 같음을 빗지 않는다”<sup>41)</sup>고 확신하였던 것은 온건한 포용적 공적 이성이 포괄적 교리를 공적 이성의 가치로 올바르게 통합시킬 수 있다고 보았기 때문이다.

어떠한 경우에도 거짓말을 해서는 안된다는 칸트의 의무론적 도덕철학은 진실의무와 관련된 일종의 포괄적 교리의 일종이라고 할 수 있다. 칸트는 공적 이성으로 편입되기 전 형태의 포괄적인 도덕적 교리로서 ‘어떠한 예외도 허용하지 않고 도덕적 가치를 상실한 이들에게도 거짓말을 해서는 안 된다는 것은 도덕법칙의 필연성이며, 진실을 말함으로써 도덕법칙을 준수하는 것은 인간의 존엄성을 지키는 행동’이라고 보았다.<sup>42)</sup> 칸트 의무론에서는 ‘변호사에게도 오직 진실의무만 있고 비밀유지의무는 예외로서도 허용될 수 없다’고 말할 것이다. 그러나 질서정연한 입헌 민주사회의 공적 영역에서는 칸트의 도덕철학적 교리 전부를 받아들이지 않고 공적 이성이 지향하는 가치들을 강화할 수 있는 합리적인 논거일 경우에만 포용적으로, 진실의무를 실정법의 내용으로 받아들일 것이다.

## 2. 변호사윤리와 공적 이성의 통합

본 연구에서 전문가윤리와 공직자윤리에 대한 검토를 거쳐 포용적 공적 이성의 렌즈를 통해 비밀유지의무와 진실의무의 딜레마 상황에 대해 내어놓는 잠정적 대안은 다음과 같다. 만약 진실의무를 절대시하는 칸트 의무론이 부분적으로 공적 이성의 가치로서 올바르게 변호사윤리에 통합된다면, 새로운 변호사윤리는 비밀유지의무가 아니라 비밀유지특권을 중심으로 한 형태일 것이다.

### 2.1 완전주의의 제한적 중립성에 따른 의무론적 도덕철학의 수용

먼저 비밀유지의무에 관한 명제는 국가의 공권력 남용과 수사기관의 전횡을 방지

41) 존 롤즈, *정치적 자유주의*, 687쪽.

42) 이두연, “칸트 윤리학에서 거짓말의 문제”, *철학논총* 제117권 제3호, 새한철학회, 2024, 165-183쪽; 이충진, “거짓말 - 칸트 법철학에서의 위상”, *칸트연구* 제33권, 한국칸트학회, 2014, 41-62쪽.

하기 위하여 자유주의적 관점에서 발전해왔으나, 완전주의적 관점에서 비밀유지특권을 중심으로 재구성될 수 있다. 비밀유지의무는 변호인의 조력을 받을 권리를 실질적으로 보장하고 국가의 공권력 남용으로부터 개인을 보호하기 위한 것인 반면, 진실의무는 이른바 완전주의적으로 좋은 삶을 위한 것이라고 할 수 있다. 완전주의(perfectionism)는 “좋은 삶, 충만한 삶, 가치 있는 삶의 영위에 초점을 맞추어 인간 삶의 목적은 인간본성 및 능력의 완성에 있거나, 모든 인간에게 좋은 객관적 선가치의 완성에 있다는 견해”로서, 중립성을 강조하거나 공정성에만 집착하는 자유주의는 개인과 국가에게 빈약한 것이라는 문제의식을 포함한 정치철학<sup>43)</sup>이다.

좋은 삶의 관점에서는 국가 공권력의 압력에 대항하여 비밀이 지켜져야 한다는 식의 중립성만으로는 부족하다. 어떤 경우에도 거짓말을 해서는 안된다는 의무론적 명제는 자유주의적 법철학보다는 국가가 좋은 삶을 위해 적극적이어야 한다는 완전주의적 정치철학과 제한적 중립성의 요청에 따르는 경우에 보다 더 용이하게 공적 이성의 가치로서 통합될 수 있다. 여기서 제한적 중립성(restricted state neutrality)의 요청이란, 국가가 개인의 삶을 완전히 망가뜨리는 견해들과 좋은 삶에 관한 견해들을 구분해서 좋은 삶의 영위에 기여하는 사회문화적 조건들을 제공하고 개인으로 하여금 자유롭게 선택할 수 있는 수준에서 중립성을 유지하는 것이다.<sup>44)</sup>

칸트의 의무론을 포용적 공적 이성에 따라 변호사윤리에 일부 수용하면, 먼저 기존 변호사 윤리에서의 원칙과 예외의 기준이 전환될 필요가 있다. 즉, 기존의 변호사윤리에서는 대립당사자주의를 중시하는 자유주의적 관점에서 의뢰인에 대한 충실의무에 기반한 비밀유지의무가 원칙이고, 공익을 의뢰인의 이익보다 우선하는 진실의무가 예외였으나, 반대로 완전주의적 관점에서는 진실의무를 최우선적인 원칙으로 부여하고 비밀유지의무는 예외적으로 비밀유지특권을 중심으로 부여할 수 있다.

## 2.2 비밀유지의무에 관한 새로운 중첩적 합의

이와 같이 재구성된 변호사윤리는 먼저 인식적 차원에서 잠재적 의뢰인이나 변호사 동료의 범위를 뛰어넘어 법원과 수사기관과도 광범위한 중첩적 합의에 도달할

43) 김도균, “공적 이성과 지구법학 -지구법학적 공적 이성의 가능성-”, 30-31쪽.

44) 김도균, 위의 논문, 33쪽; Steven Wall, “Neutrality for perfectionists: The case of restricted state neutrality”, *Ethics vol. 120 no 2*, The University of Chicago Press, 2010, p. 238.

수 있다. 비밀유지의무는 피고인과 변호사가 속한 협회에게는 쉽게 정당화시킬 수 있을지 몰라도, 해당 형사재판의 피해자 혹은 판사에게는 특히 인식적으로 정당화되기 힘든 동기로 취급 받을 수 있다. 공적 이성의 요청에 따르는 당사자들은 재판에서 자신의 권리 주장을 정당화하기 위해 상대방이 합당하게 거부할만한 논거·이유들을 배제하여야 할 의무가 있다. 그러나 비밀유지의무의 경우 ‘비밀을 유지할 의무가 있기 때문에 사실관계에 관하여 이러한 주장을 한다’는 변호사의 주장은 판사에게 정당화되기 어렵다. 판사는 ‘그렇다면 당신의 주장은 거짓이므로 받아들이지 않겠다’고 합리적인 이유를 들어 그 변호사의 주장을 받아들이기를 거부할 것이다. 그러한 변호사의 정당화는 판사에 대하여 공적 이성의 상호성 원칙을 위반하고 있는 것이다.<sup>45)</sup>

이처럼 비밀유지의무가 정당화 근거로서 판사에게는 통용되기 어렵다는 것은 무엇을 의미할까. 비밀유지의무가 문제될 때 변호사의 인식적 지위와 판사의 인식적 지위는 항상 같지 않다. 비밀유지의무와 진실의무 사이에서 갈등을 느끼는 변호사는 법정에 현출된 것 이상, 즉 판사가 보는 것 이상의 것을 알고 있을 수 있다. 역할윤리는 각자의 역할에 충실할 것을 요구함으로써 상호성의 원칙을 무시해도 괜찮은 것으로 취급하지만, 소송에서 판사가 판결을 정당화하는데 필요한 공적 정당화 근거와 변호사가 자신의 의뢰인을 대리하거나 변호하기 위하여 동원하는 정당화 근거는 실제적 진실에 관한 것으로서 같아야 한다. 이 둘을 결정적으로 다른 것으로 만드는 것은 비밀유지의무에 다름 아니다.

비밀유지의무를 이유로 한 정당화가 공적 이성의 상호성 원칙을 위반한다는 점이 이 위반 상태를 교정하기 위해서는 문제되는 비밀유지의무가 전면적으로 조정되어야 함을 의미한다. 비밀유지의무를 공적 이성으로 통합시키는 것은 이 인식적 지위의 편차를 없애는 방향으로, 즉 판사가 판결을 도출하기 위해 반드시 필요로 하며 따라서 그에 대해 변호사에게 궁금해할 사항에 대해서는 진실의무를 다하는 것으로 교정될 수 있다. 변호사는 판사와 법정, 공중에 대하여 원칙적으로 진실의무가 있지만 예외적으로 증언거부권이나 의사소통과 통신 보호에 관하여만 비밀유지특권을 갖도록 하여야 공적 이성의 상호성의 원칙이 준수될 수 있다.

본 연구에서 다루고 있는 한계사례의 피고인은 수사단계에서는 미처 변호인의 조력을 받지 못했지만 기소단계에서 비로소 변호사와의 면담의 기회를 얻고 변호인에게만 자발적으로 자백한다. 이때 공적 이성을 통한 변호사윤리의 재구성을 통해 비밀

45) 존 롤즈, *정치적 자유주의*, 633-634쪽.

유지의무가 아니라 진실의무를 원칙으로 갖게 된 변호인은 무죄 변론이 아니라 후견주의적 조력을 향후 직무의 내용으로 삼게 된다. 즉, 기소된 범죄사실이나 여죄에 관하여 자백하도록 설득하여 양형에서 유리한 사정으로 참작 받도록 하는 것이다. 다만 이러한 종류의 조력은 이미 실무상 많은 변호인들이 하고 있는 것이어서 새로운 것은 아니다.

완전주의적 관점에서 변호인의 비밀유지의무는 이와 같은 한계사례에서 무죄 변론 까지도 가능한 것으로 허용하는 것이 아니라, 개인정보와 같이 사안의 결론 도출과는 무관한 사항에 국한되어야 하고, 범죄의 중대성을 가리지 않고 범죄 은폐에 결과적으로 조력하는 셈이 되는 사항에 대해서는 진실의무가 우선되는 것으로 구성될 수 있다. 위증, 허위사실 적시 명예훼손, 범인도피죄, 범인은닉죄 등 거의 대부분의 진실하지 않은 소송행위가 범죄화 되어 있는 현 실정법 체계를 따르더라도 변호사의 비밀유지의무의 영역은 이미 극히 제한적이다. 여기에 새로운 내용을 더하면 변호사와의 의사교환 내용을 공개하지 아니할 수 있으며, 압수 등 강제수사는 위법하다는 내용의 비밀유지특권을 중심으로 비밀유지의무를 재정립하되, 극히 예외적인 경우, 즉 ‘피고인이 자백과 양형변론의 가치를 이해하지 못하는 심각한 무지 상태일 때’에만 진실의무보다 비밀유지의무가 우선된다고 재구성해볼 수 있다.

### 2.3 변호인의 후견주의적 설득에 의한 자백 면책 입법안

이처럼 비밀유지특권을 중심으로 비밀유지의무를 재정립하고, 비밀유지의무가 아닌 진실의무를 원칙으로 삼게 되면 전문가 윤리나 역할윤리를 일상윤리와 엄밀히 구별하지 않는 도덕적 직관과도 통합될 수 있으며, 전체 시민사회 수준에서도 중첩적 합의가 가능한 새로운 규칙이 될 수 있을 것이다. 더 나아가 처벌을 응보주의적인 국가공권력의 강제로 협소하게 이해하지 않고, 시민으로서 과거의 행위에 대하여 미래지향적 책임을 지는 것으로 전향적으로 이해하면 사법기관 뿐 아니라 피고인 본인도 이와 같은 비밀유지의무의 축소를 합리적으로 거부할 수 없게 될 것이다.

다만 현행 형사사법체계에서는 응보적 처벌이 예정되어 있으므로, 새로운 입법적 보완이 필요하다. 변호인의 조력을 받을 권리를 실질적으로 보장하기 위한 기존의 비밀유지의무는 ‘피고인과 변호사와의 의사교환 내용은 공개하지 않을 수 있으며, 압수 등 강제수사의 대상이 되지 않는다는 비밀유지특권을 중심으로 구성’하되, ‘피

고인이 자백과 양형변론의 가치를 이해하지 못하는 심각한 무지 상태일 때에만 진실의무보다 비밀유지의무가 우선된다'고 새롭게 구성하려면, 자수 제도와 유사한 면책 제도를 도입할 필요가 있다. 피고인이 공판 단계에 이르러 변호인의 후견주의적 조력을 비로소 받게 되었고, 그에 따라 뒤늦게 자백이 가능해진 경우에 대해서도, 자수에 관한 법리를 유추하여 충분한 피해회복이 되었을 것을 전제로 면책하거나 추가기소할 수 없도록 하는 것이다. 그렇게 되면 변호사의 진실의무는 검사의 불기소 특권과 유사한 것이 되어 길드형 규칙으로서 기존의 소극적인 비밀유지의무보다 더 큰 공익적 가치를 가질 수 있을 것이다.

변호인의 입장에서든 비밀유지의무와 진실의무 사이에서 심각한 윤리적 갈등을 겪은 끝에 예외적으로 진실의무를 우선하기를 택함으로써 징계 등 제재의 위협에 스스로를 노출시킬 필요 없이, 진실의무를 숙고 없는 원칙으로 택하면서도 자신의 의뢰인이 형사처벌을 면하도록 할 수 있다. 변호인은 윤리적 딜레마로 인한 불필요한 자원의 낭비 없이, 거짓된 무죄변론 대신 범죄피해를 회복하는 것에 집중적으로 노력할 수 있게 된다. '피고인이 자백과 양형변론의 가치를 이해하지 못하는 심각한 무지상태일 때 예외적으로' 변호인에게 비밀유지의무를 부여하면 피고인에 대한 자백 강요의 우려도 사라질 수 있다. 이 때 심각한 무지상태란, 실제적 진실에 부합하게 자백하는 경우 자수와 유사하게 면책하거나 기소되지 않을 수 있는데도, 그러한 이점을 이해하지 못하고 응보적 처벌에 대한 막연한 두려움 때문에 실제적 진실과 자신의 기억에 반하여 기존의 무죄 주장을 고수하는 상태라고 구체화할 수 있다. 단 응보가 처벌의 주목적이 아니라 형벌이 피해 회복과 예방을 위한 것일 때 이와 같은 면책 제도의 도입과 비밀유지의무와 진실의무 사이의 원칙-예외의 전환은 용이해질 것이다.

### 3. 후견주의적 설득이 강요로 변질되지 않기 위한 절차적 장치

마지막으로, 변호인의 설득이 실질적으로 '강요'가 될 위험은 언제나 존재한다.<sup>46)</sup> 이러한 위험에 대해서는 자백의 임의성 그 자체를 검증하는 것이 아니라, 자백의 증명력을 검증함으로써 간접적으로 자백이 강요에 의한 것이 아니라는 점이 드러나도록 하는 사후 통제 절차가 효과적일 수 있다. 한계사례에서는 변호인이 피고인이

46) 새로운 입법안을 제시하는 데에 이러한 내용이 포함되어야 한다는 고견을 주신 익명의 심사위원님께 감사드린다.

공소사실과 같은 위법행위를 하였다든 점을 피고인으로부터 직접 듣고 그에 관한 보강증거도 확인한 것으로 되어 있어 자백의 내용 자체에 관하여는 문제가 없는 것으로 되어 있으나, 실제 현실에서는 다음과 같은 문제가 빈번하게 발생하기 때문이다.

최근 선고된 대법원 2025. 7. 3. 선고 2023도7405 판결에서 피고인은 수사기관에서 입건된 후 공판기일에 이르기까지 일관되게 부인하다가 구속 직후에 기존 입장을 번복하여 유죄를 인정하였는데, 유죄 인정의 기초가 되는 사실관계를 적극적으로 시인하는 내용은 없이, 단지 기초 사실에 대한 법률적 평가만을 유죄 취지로 바꾸어 인정하였다. 대법원은 이에 대하여 피고인의 자백이 강요가 아닌 설득에 의한 것으로서 일응 임의성이 있는 것처럼 보일 때에도, 반드시 자백의 진실성과 신빙성까지를 검증할 필요가 있다고 판시하였다. 수사나 재판 과정에서 구속된 사람은 허위자백을 하고라도 자유를 얻고자 하는 유혹을 느끼는 경우가 있으므로, 공소사실을 부인하던 피고인이 법원의 구속 이후 갑자기 자백한 사건에서는 그와 같은 사정을 각별히 유의하여 자백 진실의 신빙성이나 증명력을 평가하여야 한다<sup>47)</sup>는 것이다.

위 판결 사안과 같이 기초적인 사실관계에 대하여는 종전 입장을 유지하면서도 법적으로는 유죄임을 시인한다는 취지의 자백은 그 자체로 모순되거나 합리성이 없는 것<sup>48)</sup>이라고 볼 수 있다. 이와 유사하게 공소사실을 부인하던 피고인이 수사단계 및 변호인 조력을 받는 시점에서 갑자기 ‘미필적 고의’를 인정하는 자백진술로 입장을 변경하는 경우도 양형 관행상 드물지 않다. 이러한 경우 자백은 대개 의도적으로 숨겼던 사실을 밝히거나 부정확한 기억을 되살린 것이 아니라, 검찰 수사에 협조하거나 변호인의 법률 조력에 순응함으로써 양형에 유리한 조건을 만들어낼 것을 목적으로 이루어진다.

이처럼 어떤 자백이 사안의 실체적 진실과 무관하게 양형상 유리한 결과를 얻을 수 있다는 설득 내지 강요에서 비롯되지 않도록 하려면 “그 자백의 진실 내용 자체가 객관적인 합리성을 띠고 있는가, 자백 외의 정황증거 중 자백과 저촉되거나 모순되는 것이 없는가”<sup>49)</sup> 등을 법원을 통해 최종적으로 상호 검증함으로써 절차적으로 통제할

47) 대법원 2025. 7. 3. 선고 2023도7405 판결.

48) 대법원 1983. 9. 13. 선고 83도712 판결. 예를 들어 피고인의 자백진술의 수차에 걸친 변경이 당초에 의도적으로 숨겼던 사실을 밝히거나 부정확한 기억을 되살린 것이라기보다는 피고인이 허위로 자백한 내용중 객관적 상황에 맞지 않는 부분을 그후 객관적 상황에 맞추어 수정한 것으로 보여지는 경우, 이와 같은 자백은 그 진실내용 자체가 객관적인 합리성이 결여된 것으로 신빙성이 없다.

49) 대법원 1983. 9. 13. 선고 83도712 판결; 대법원 2007. 9. 6. 선고 2007도4959 판결.

필요가 있다. 즉, 피고인이 뒤늦게 자백한 것이 아무리 변호인의 후견주의적 조력에 의한 것이라 할지라도, 법원으로서는 석명권을 행사하는 등으로 입장 변경의 취지를 정확하게 밝혀보고, 당시 채택되어 있던 목격 증인들에 대한 신문절차를 거쳐 그 신빙성을 살펴볼 필요가 있다. 변호인의 후견주의적 조력이 우회적이거나 완곡한 형태의 자백 강요로서 진실을 왜곡한 것이 아니라, 진실에 부합하며 진실을 밝히는 것임을 동거나 목적 차원이 아니라 사실과 논리의 차원에서 공적인 절차를 통해 재확인하는 것이다.

## V. 결론

완전주의적으로 좋은 삶에는 자유주의와 달리 국가와 대립하는 개인이 있는 것이 아니라, 공동체 안에서 자유롭고 평등하게 공존하여 살아가는 복수의 개인들이 있다. 한 개인이 엄연히 존재하고 인식되고 있는 진실을 은폐함으로써 공동체와 피해자의 권익을 침해한다면, 이는 결국 일시적으로 무죄 판결을 받아 성공한 것처럼 보이더라도 공동체 차원의 정의와 피해자의 좋은 삶을 망가뜨리는 것이다. 무죄 판결을 받은 피고인의 삶도 다른 공동체 구성원의 삶을 부당하게 망가뜨렸다는 점에서 함께 망가진다. 변호인에게는 언제나 진실의무가 원칙이며, 변호인으로 하여금 공익적 지위에서 피고인 스스로 실체적 진실을 추구하도록 조력하는 후견주의적 역할을 담당하도록 하는 것이 자유주의 다음 단계의 변호사 윤리가 지향해야 할 방향이 될 것이다. 공적 이성을 통한 제도적 보완을 거치면 피고인 뿐 아니라 변호사와 피해자 모두가 법 안에서 윤리적 딜레마로 인한 고통 없는 자유를 누릴 수 있을 것이다.

## 참고문헌

### 1. 단행본

존 롤즈, 장동진 옮김, *정치적 자유주의*, 동명사, 2016.

\_\_\_\_\_, 황경식 옮김, *정의론*, 이학사, 2003.

Joseph Heath, *The Machinery of Government: Public Administration and the Liberal State*, Oxford University Press, 2020.

### 2. 학술지

김도균, “공적 이성과 법적 논증”, *법철학연구* 제24권 제2호, 한국법철학회, 2021, 7-42쪽.

\_\_\_\_\_, “공적 이성과 지구법학 -지구법학적 공적 이성의 가능성-”, *외법논집* 제50권 제1호, 한국외국어대학교 법학연구소, 2026, 23-50쪽.

김병수, “변호사의 비밀유지의무와 진실의무”, *법학연구* 제48권 제2호, 부산대학교 법학연구소, 2008, 353-377쪽.

김상현, “변호사의 비밀유지권 도입론에 대한 검토 -미국 제도 및 운용상황에 대한 심층 분석을 중심으로-”, *형사법의 신동향* 제85권, 대검찰청, 2024, 93-157쪽.

김승래, “한국 법조윤리와 윤리장전에 관한 소고”, *인권과 정의* 제337권, 대한변호사협회, 2004, 69-78쪽.

김연미, “법률가의 협상업무를 위한 법조윤리 -미국 변호사 직무행위표준규칙을 중심으로-”, *성균관법학* 제25권 제2호, 성균관대학교 법학연구원, 2013, 333-349쪽.

김은열, “변호인·의뢰인 비밀유지권과 압수에 관한 입법 개선 -형사소송법 제112조 압수거부권 조항 등의 현행 해석론과 개정안의 한계를 중심으로-”, *형사정책* 제35권 제2호, 한국형사정책학회, 2023, 153-184쪽.

김현수, “변호사의 비밀유지의무와 권리에 관한 고찰”, *저스티스* 제177호, 한국법학원, 2020, 411-435쪽.

오병두, “당사자주의와 직권주의 -2007년 형사소송법 개정 전후시기의 논쟁을 중심으로-”, *홍익법학* 제18권 제4호, 홍익대학교 법학연구소, 2017, 253-272쪽.

오세혁, “변호사의 사적 비행(私的 非行)에 대한 징계 -정당화 논거에 대한 비판적 검토-”, *중앙법학* 제18권 제4호, 중앙법학회, 2016, 77-116쪽.

- 윤혜진, “변호사의 직업상 거짓말에 대하여”, 동서철학연구 제52권, 한국동서철학회, 2009, 365-387쪽.
- \_\_\_\_\_, “변호사의 신뢰 상실에 따른 윤리적 태도 확립을 위한 제언”, 범한철학 제59권 제4호, 범한철학회, 2010, 535-560쪽.
- 이두연, “칸트 윤리학에서 거짓말의 문제”, 철학논총 제117권 제3호, 새한철학회, 2024, 165-183쪽.
- 이재방, “변호사의 직무상 책임과 윤리의 충돌”, 홍익법학 제8권 제3호, 홍익대학교 법학연구소, 2007, 23-47쪽.
- 정준혁, “의뢰인-변호인 간 비밀유지권 제도 설계의 고려사항”, 저스티스 제206권 제1호, 한국법학원, 2025, 78-107쪽.
- Alan Gewirth, “Professional Ethics: The Separatist Thesis”, *Ethics Vol. 96 no. 2*, The University of Chicago Press, 1986, pp. 282-300.
- Bernadette Loacker, “Does the Ethos of Law Erode? Lawyers’ Professional Practices, Self-Understanding and Ethics at Work”, *J Bus Ethics Vol. 187*, Springer, 2023, pp. 33-52.
- Cliff McKinney, “Ethics Of Artificial Intelligence For Lawyers: I’m Sorry Dave, I’m Afraid I Can’t Do That: Competence, Confidentiality, And Communication”, *Arkansas Law Notes Vol. 1-2026*, University of Arkansas, 2026, pp. 1-13.
- Jyoti, “The Duty of Lawyers to the Court vs. Client Loyalty in India”, *International Journal of English Literature and Social Sciences Vol. 9, iss. 3*, IJELS, 2024, pp. 551-553, doi:10.22161/ijels.93.73.
- Paula Baron/Lillian Corbin, “The unprofessional professional: Do lawyers need rules?”, *Legal Ethics Vol. 20 no. 2*, Taylor & Francis, 2017, pp. 155-173.
- Peter Marcuse, “Professional Ethics and Beyond: Values in Planning”, *Journal of the American Institute of Planners Vol. 42 iss. 3*, Taylor & Francis, 1976, pp. 264-274.
- Rebecca L. Sandefur, “Elements of professional expertise: Understanding relational and substantive expertise through lawyers’ impact”, *American Sociological Review Vol. 80 iss. 5*, American Sociological Association, 2015, pp. 909-933.
- Richard Moorhead/Victoria Hinchly, “Professional minimalism? The ethical consciousness of commercial lawyers”, *Journal of Law and Society Vol. 42 iss. 3*, Wiley, 2015,

pp. 387-412.

Steven Vaughan/Emma Oakley, “‘Gorilla exceptions’ and the ethically apathetic corporate lawyer”, *Legal Ethics Vol. 19 iss. 1*, Taylor & Francis, 2016, pp. 50-75.

Stuart Weinstein, “AI Consumer Protection and the Robot Lawyer: Policy Optionality in the FTC’s DoNotPay Case”, *J Consum Policy Vol. 49 no. 2*, Springer, 2026, pp. 1-15.

Sundeep Aulakh/Ian Kirkpatrick, “New governance regulation and lawyers: When substantive compliance erodes legal professionalism”, *Journal of Professions and Organization Vol. 5 no. 3*, Oxford University Press, 2018, pp. 167-183.

Thomas Jones/Frederick Gautschi, “Moral commitment and the ethical attorney,” *Business Ethics Quarterly Vol. 2 no. 4*, Cambridge University Press, 1992, pp. 391-404.

[ Abstract ]

## **The Attorney's Duty of Confidentiality and Public Reason** —The Duty of Truth from a Perfectionist Perspective—

Yim, Hyunkyung<sup>\*</sup>

The dilemma faced by attorneys in criminal proceedings between their duty of confidentiality and their duty to truth has long been a core topic in attorney ethics within the liberal criminal law tradition. Under positive law, the principle is that a lawyer must not disclose a client's secrets to harmonize the substantive guarantee of the constitutional right to counsel with the lawyer's public interest status; however, a legal doctrine has been established allowing exceptions in cases of 'significant public interest necessity'. This study presents a hard case that cannot be easily resolved by this legal doctrine alone, using a legal-philosophical thought experiment method. It then proposes a new attorney ethics framework that transforms the relationship between the duty of confidentiality and the duty of truthfulness from a perfectionist perspective, shifting the principle and exception relationship.

First, professional ethics, a guild-type rule within applied ethics, explains why the duty of confidentiality is useful and necessary as a professional ethic, but it offers no answers to the ethical problems themselves. The vocation model was proposed to resolve the dilemmas of public official ethics; it resembles the ideal of public reason in that it resolves problems by pursuing constitutional values. Therefore, this study, based on Rawls's later theory of inclusive public reason, sought to integrate part of Kant's deontological moral philosophy- 'one must never lie under any circumstances'-into public reason.

To this end, following the perfectionist perspective that 'the state must go beyond liberal neutrality and be proactive in promoting the good life,' it is proposed that for defense counsel in criminal proceedings, the duty of truthfulness should take precedence regardless of the gravity of the crime. The duty of confidentiality should be treated as an exception

---

<sup>\*</sup> Law firm Lin, Attorney at law

and restructured around the privilege of confidentiality. This would enable defense counsel, in the presented borderline case, to adopt as a definitive norm of conduct not merely pleading not guilty amidst an ethical dilemma, but rather making it part of their duty to provide guardian-like assistance-persuading the defendant to confess and ensuring this confession is considered a mitigating factor in sentencing. Particularly, applying the doctrine of voluntary surrender in line with a theory of criminal justice centered on restoration and prevention rather than retribution-even when a confession is made only at the trial stage due to the attorney's guardian-like assistance-immunity should be granted or additional prosecution prevented, provided sufficient restitution has been achieved. - accompanied by legislative amendments, the ethics of defense counsel in criminal proceedings could be restructured such that while the duty of truthfulness remains the principle, the duty of confidentiality takes precedence only in the extremely exceptional case where 'the defendant is in a state of severe ignorance, failing to understand the value of confession and sentencing arguments'.

**[Key Words] Attorney Ethics, The Dilemma Between Duty of Confidentiality and Duty of Truthfulness, Inclusive Public Reason, Perfectionism, Confession Induced by Paternalistic Assistance**