

변호사의 비밀유지의무

Lawyers' Duty of Confidentiality

최 윤 희*

Choi, U-ni

목 차

- | | |
|-------------------|-------------------------|
| I. 머리말 | V. 비밀유지의무와 비밀유지특권 |
| II. 비밀의 개념과 인정범위 | VI. 문서제출·증언 거부권의 행사와 포기 |
| III. 비밀유지의무의 존속기간 | VII. 맺음말 |
| IV. 진실유지의무와의 충돌문제 | |

본고에서는 변호사법과 변호사윤리장전에서 규정하고 있는 변호인의 비밀유지의무에 관하여 살펴보았다. 특히 비밀유지의무 관련 규정들을 살펴봄에 있어 비밀의 개념과 인정 범위, 비밀유지의무의 존속기간, 진실유지의무와의 충돌문제, 비밀유지특권과의 관계, 문서제출 및 증언의 거부권 행사와 포기 등을 살펴보았다. 의뢰인과의 상담이나 소송수행과정에서 알게 된 비밀의 유지의무와 변호사로서의 진실유지의무는 그 윤리적 경계 내지 구체적 조화점 등을 도출해 내는 것이 해석상 매우 어려울 때가 있다. 뿐만 아니라, 비밀유지의무는 변호사의 의뢰인에 대한 관계에서 인정되는 의무적 측면뿐만 아니라, 법조 직업에 대한 공공의 신뢰제고라는 측면에서 소위 비닉특권으로 인정되는 권리적 측면이 공존한다. 이러한 측면에서, 변호사의 직업윤리로서의 비밀유지의무는 일반적인 윤리의무와 항상 똑같이 해석되기는 어려운 부분이 있는 만큼, 향후 우리의 입법은 증언거부권 내지 문서제출거부권 규정 등 관련 규정들을 보다 정치하게 구비함으로써 비밀보호의 구체적이고도 적절한 가이드라인을 제시할 것이 요구된다.

[주제어] 비밀유지의무, 진실유지의무, 비밀유지특권, 문서제출거부권, 증언거부권

투고일 : 2015. 8. 27. / 심사의회일 : 2015. 10. 5. / 게재확정일 : 2015. 10. 13.

* 건국대학교 법학전문대학원 교수

Professor, Law School of Konkuk University

I. 머리말

변호사의 비밀유지의무는 의뢰인에 대한 관계에서 자신이 직무상 알게 된 비밀을 누설하거나 부당하게 이용해서는 아니 될 의무를 말한다.¹⁾ 변호사법 제26조는 “변호사 또는 변호사이었던 자는 그 직무상 알게 된 비밀을 누설하여서는 아니 된다.”고 규정하고 있고, 나아가 변호사윤리장전 제18조는 비밀유지 및 의뢰인의 권익보호라는 제목 하에 “변호사는 직무상 알게 된 의뢰인의 비밀을 누설하거나 부당하게 이용하지 아니한다. 변호사는 직무와 관련하여 의뢰인과 의사교환을 한 내용이나 의뢰인으로부터 제출받은 문서 또는 물건을 외부에 공개하지 아니한다. 변호사는 직무를 수행하면서 작성한 서류, 메모, 기타 유사한 자료를 외부에 공개하지 아니한다.”고 규정하고 있다. 따라서 변호사가 자신의 의뢰인으로부터 의뢰받은 사건 내지 사무를 처리하면서 알게 된 직무상의 비밀을 누설할 경우 형법에 의해서 업무상비밀누설죄의 책임을 지는 외에도 각종 민사책임과 경우에 따라서는 행정상의 책임을 지게 될 수 있다. 이러한 변호사의 비밀유지의무는 결국 변호사의 의뢰인에 대한 성실의무의 일환으로 크게 해석할 수 있는데, 변호사법은 제1조 제2항에서 “변호사는 그 사명에 따라 성실히 직무를 수행하고 사회질서 유지와 법률제도 개선에 노력하여야 한다.”고 규정함으로써 성실의무를 명시하고 있고, 더 나아가 변호사 윤리장전 제13조는 제1항에서 “변호사는 의뢰인에게 항상 친절하고 성실하여야 한다.”고 규정한 데 이어, 제2항에서 “변호사는 업무처리에 있어서 직업윤리의 범위 안에서 가능한 한 신속하게 의뢰인의 위임목적에 최대한 달성할 수 있도록 노력한다.”고 규정함으로써 변호사의 의뢰인에 대한 성실의무를 규정하고 있다. 이러한 성실의무의 하나로써 의뢰인과의 관계에서 가장 중요한 덕목 중 하나로 규정된 비밀유지의무는 비밀유지의무를 통한 변호사 제도 및 대립적 당사자주의의 실질적 보장으로서 의뢰인 개인의 신뢰는 물론 국민의 사법제도에 대한 신뢰의 제고를 위한 측면도 있는²⁾ 만큼, 경우에 따라서 변호사의 또 다른 의무 즉 공공성 내지 사회적 신뢰의 유지의무와 충돌하기도 한다. 변호사의 공적인 의무를 생각한다면 비밀유지의무는 사안에 따라 진실유지의무와 충돌하기 마련이고, 이 경우 과연 진실유지의무와 비밀유지의무 중 어느 쪽을 따라야 할 것인지 문제가 될 수도 있다. 뿐만 아니라, 의뢰인에 대한 비밀유지의무에서

1) 최진안, 법조윤리, 세창출판사, 2014, 133쪽.

2) 하정철, “변호사의 비밀유지의무-예외사유인 공익상의 이유를 중심으로-”, 법학논고 제47권, 경북대학교법학연구원, 2014, 577쪽.

과연 비밀의 개념과 그 범위는 어디까지로 하여야 하는지 등의 여러 가지 관련 문제들이 있을 수 있다. 본고에서는 필자의 견지에서 중요하다고 생각되는 비밀유지의무 관련 문제점들을 하나씩 살펴보고자 한다.

II. 비밀의 개념과 인정범위

먼저 비밀유지의무에서 문제되는 비밀의 개념과 그 인정범위에 대해서 살펴보고자 한다. 변호사법에서 규정하고 있는 ‘직무상 알게 된 비밀’이라는 규정은 결국 변호사의 업무 처리와 관련하여 지득한 비밀을 의미한다고 해석되는데 이때의 변호사 업무는 가장 보수적으로 해석하여 주된·부수적 업무, 영리·비영리 업무, 일시적·일회적 업무의 구분이 없이 포괄적으로 보호된다고 해석³⁾하더라도 비밀의 개념과 인정범위는 보다 명확하게 할 필요가 있다. 현재 변호사법 내지 변호사 윤리장전에서 규정하고 있는 비밀의 개념은 과연 일반인에게 알려지지 아니한 사실로서 의뢰인이 주관적으로 제3자에게 알리고 싶어 하지 아니하는 것은 모두 포함될 것인지 아니면 일반인의 객관적 입장에서 보더라도 비밀로 해두고 싶다고 인정되는 사실에 국한하여야 할 것인지가 문제될⁴⁾ 수 있는데, 위와 같은 주관설과 객관설의 절충을 취하는 견해로써는 의뢰인 자신이 비밀로 하고 싶어 하는 사실과 객관적인 일반인의 입장에서 비밀로 하고 싶은 모든 사실을 비밀로 인정하여야 한다는 소극적 절충설⁵⁾과 객관적인 일반인의 입장에서 비밀로 하고 싶은 것으로 인정되는 사실로써 의뢰인 자신도 제3자에게 알리고 싶어 하지 아니하는 사실을 비밀로 인정하여야 한다는 적극적 절충설⁶⁾로 다시 나뉜다. 필자의 견해로서는 소극적 절충설이 원칙적으로 타당하다고 생각하지만, 의뢰인 자신이 주관적으로 공표하고 싶어 하지 아니하는 비밀이라는 점은 지나치게 의뢰인의 주관적 입장에 따라 그 범위가 달라지는 점을 감안한다면 적어도 변호인이 그러한 사실을 알았거나 알 수 있었던 경우에 한하여 비밀유지의무가 인정되어야 할 것으로 생각한다. 업무상 비밀누설죄에 있어서 비밀의 개념 및 그 범위에 관하여 확립된 대법원 판례의 입장은

3) 임규철, “변호사 보유의 의뢰인 정보에 대한 비밀유지와 국회 제공요구 시 문제해결을 위한 연구”, 강원법학 제41권 제2호, 강원대학교 비교법학연구소 2014, 939쪽.

4) 정인진, “변호사의 비밀유지의무”, 저스티스 통권104호, 한국법학원, 2008, 141쪽.

5) 최진안, 앞의 책, 135쪽; 정인진, 위의 논문, 141쪽.

6) 하정철, 앞의 논문, 579쪽.

분명하지 아니한 것으로 보이나, 유사한 죄명으로서 공무상비밀누설죄와 관련한 비밀의 개념과 범위에 대하여는 반드시 법령에 의하여 비밀로 규정되었거나 비밀로 분류 명시된 사항에 한하지 아니하고, 정치·군사·외교·경제·사회적 필요에 따라 비밀로 된 사항은 물론 정부나 공무소 또는 국민이 객관적·일반적인 입장에서 외부에 알려지지 않는 것에 상당한 이익이 있는 사항도 포함한다는 것이 판례의 입장⁷⁾이고, 이러한 판례의 입장은 현재 업무상비밀누설죄의 비밀개념에 대한 학설 중 소극적 절충설의 입장에 가까운 것으로 보인다.

Ⅲ. 비밀유지의무의 존속기간

비밀유지의무의 존속기간이 정하여져 있느냐는 문제에 대하여는 특별히 의뢰인의 승낙 혹은 법령 등에 의하여 비밀유지의무가 해제되지 아니하는 한 그 제한이 없이 계속되는 것이라고 보는 것이 타당하다. 따라서 변호사는 위임관계종료 후에도 비밀유지의무를 지는 것으로 일반적으로 해석⁸⁾된다. 다만 예외적으로 비밀유지의무의 존속기간이 정해질 수도 있는데, 변호사가 특별한 사정 하에 의뢰인의 동의를 얻어 비밀공개가 허용되는 것이 그러한 경우이다. 비밀유지의무가 면제되는 것은 법령에 의한 경우 외에는 의뢰인의 동의를 얻어야 하는데 의뢰인의 동의를 얻게 되면 그때부터 비밀유지의무가 면제되므로 이러한 경우 비밀유지의무의 존속기간은 의뢰인의 동의시점까지라고 할 수 있다. 의뢰인의 동의가 그 효력을 가지려면 의뢰인이 자신의 동의가 갖는 의미를 충분히 이해하고 동의한 상황 하에서만 유효하다. 미국의 ABA 모범규칙은 이러한 취지에서, 변호사가 비밀공개에 대한 동의를 얻기에 앞서 이와 관련하여 의뢰인이 입을 수 있는 불이익에 관한 충분한 정보를 알려준 이후에 의뢰인이 동의를 하여야 한다는 점을 분명히 하고 있다.⁹⁾

비밀유지의무의 성립시점과 관련하여서 사건위임을 받은 변호사의 경우 위임받은 사건에 대한 비밀유지의무를 가진다는 점은 이론이 없다. 다만, 위임관계의 성립 전

7) 대법원 2009. 06. 11. 선고 2009도2669 판결; 대법원 2007. 6. 14. 선고 2004도5561 판결 등.

8) 배기석, “변호사비밀유지의무의 완화경향에 관한 연구”, 법학연구 제51권 제4호(통권 제66호), 부산대학교법학연구소, 2010, 3쪽; 최진안, 앞의 저서, 134쪽.

9) ABA Model Rules 1.6(Confidentiality of Information), 1.0(Terminology).

단계 즉 상담단계에서 비밀유지의무가 인정될 것인지 여부와 만약 이를 인정할 경우 어느 정도까지 인정할 것인지는 분명하지 아니하다. 사건을 상담하는 의뢰인의 입장에서는 변호사라는 직업에 대한 신뢰를 가지고 자신의 비밀을 털어놓을 수 있는데, 일반적으로는 위임관계 성립 이전의 단계라 하더라도 직무상 지득한 의뢰인의 비밀은 보호되어야 한다는 입장이 지배적인¹⁰⁾ 것으로 보인다. 따라서 사건 수임에까지 이르지 아니한 상태에서 지득한 의뢰인의 비밀정보라 할지라도 변호사는 이를 임의로 공개하거나 추후에 다른 관련사건 등에서 임의로 사용할 수 없다고 본다.

IV. 진실유지의무와의 충돌문제

변호사법 제24조 제2항에서는 변호사가 그 직무를 수행할 때에 진실을 은폐하거나 거짓진술을 하여서는 아니 된다고 규정하는 외에, 변호사윤리장전 제2조 제2항은 변호사가 그 직무를 행함에 있어서 진실을 왜곡하거나 허위진술을 하지 아니한다고 규정함으로써 변호사의 진실유지의무를 규정하고 있다. 나아가 동 장전은 제11조에서 위법행위 협조금지라는 제목 하에, 변호사는 의뢰인의 범죄행위, 기타 위법행위에 협조하지 아니하며, 직무수행 중 의뢰인의 행위가 범죄행위, 기타위법행위에 해당된다고 판단된 때에는 즉시 그에 대한 협조를 중단하고, 범죄협이가 희박한 사건의 고소, 고발 또는 진정 등을 종용하지 아니할 것을 규정하고 있을 뿐만 아니라, 위증을 교사하거나 허위의 증거를 제출하게 하거나 이러한 의심을 받을 행위를 하지 아니한다고 규정하고 있다. 동 장전 36조는 재판절차에서의 진실의무를 규정하고 있는데, 변호사는 재판절차에서 의도적으로 허위사실에 관한 주장을 하거나 허위증거를 제출하지 아니하며, 증인에게 허위의 진술을 교사하거나 유도하지 아니한다고 규정하고 있어서 재판 절차 전반에 걸쳐 광범위한 진실유지의무를 규정하고 있다.

이러한 변호사의 진실유지의무는 비밀유지의무와의 관계에서 어떻게 작용하느냐가 문제된다. 비밀유지의무를 중시한다면 경우에 따라서 변호사는 진실유지의무를 위반할 수밖에 없는 경우가 생길 것이다. 물론 논리적으로 그 반대의 경우로써 진실유지의무에 충실하기 위하여 비밀유지의무를 위반하는 경우도 가능할 것이다. 변호사의 진실유지의무는 민사소송과 형사소송으로 나누어 생각할 수 있는데, 먼저 형사소송의 경우 변호사

10) 임규철, 위의 논문, 938-939쪽.

의 법적 지위를 어떻게 파악하느냐에 따라서 진실의무 혹은 비밀의무를 더 중시할 수 있다. 형사변호사가 사법기관으로서의 역할을 수행하여야 한다는 사법기관설의 입장에서 진실의무가 비밀의무보다 항상 앞설 수밖에 없지만, 병존설의 입장에서 형사변호사는 자신의 의뢰인에 대한 보호자적 지위와 실체적 진실발견을 위해 협조하여야 할 공익적 지위가 병존한다고 본다면 양 의무는 적절한 조화가 필요¹¹⁾할 것이며, 형사변호사는 언제나 의뢰인의 권익옹호를 위해 최선을 다해야 한다는 보호자지위설의 입장에 선다면 비밀의무는 언제나 진실의무에 앞설 것¹²⁾이다. 일반적으로 학설¹³⁾과 판례¹⁴⁾는 병존설의 입장에 서는 것으로 보이며 필자도 병존설이 타당하다고 본다.

그렇다면 진실유지의무와 비밀유지의무의 관계를 어떻게 양립시킬 수 있느냐가 관건인데, 이는 결국 변호사의 의뢰인에 대한 성실의무 외에도 공익의 대변자로서의 공적인 의무를 어떻게 조화시키느냐에 달린 문제이다. 여기서 진실의무의 내용을 보다 구체적으로 규명할 필요가 있는데, 진실의무를 변호사가 실체적 진실발견을 위해서 적극적으로 증거와 정보 등을 조사하여 법원 등에 제시할 의무까지 요하는 적극적 개념으로 보느냐 아니면 허위 증거 제출 등에 의하여 실체적 진실발견을 방해하여서는 아니 된다는 소극적 개념으로 보느냐에 따라서 비밀유지의무와 진실유지의무와의 조화 지점은 달라질 수밖에 없을 것이다. 현재의 학설¹⁵⁾과 판례¹⁶⁾는 변호사의 진실의무를 소극적 진실의무로 파악하고 있고, 변호사에게 공익적 지위가 인정된다 하더라도 형법의 보호적 기능을 달성하기 위하여 적극적이고도 공격적인 실체적 진실발견을 위해 노력하여야 하는 검사에게 요구되는 공익적 지위와는 구별되는¹⁷⁾ 만큼 필자 또한 변호사에게 현실적으로 요구 가능한 법적 의무는 소극적 진실의무로 파악¹⁸⁾하는 것이 합당하다고 본다.

따라서 일반론적으로 보자면, 형사변호사는 자신의 의뢰인으로부터 지득한 비밀인

-
- 11) 강희원, “변호사의 직업윤리와 그 의무의 충돌 -변호사광고 및 비밀유지의무와 진실의무를 중심으로-”, 법과사회 제29권, 법과사회이론학회, 2005, 58쪽.
 - 12) 학설들에 대한 설명은 송시섭, “형사변호인 권리의 보장과 실현”, 동아법학 제44권, 동아대학교법학연구소, 2009, 571-572쪽.
 - 13) 정형근 법조윤리강의, 박영사, 2014, 320쪽; 최진안, 앞의 책, 432쪽; 박휴상, 핵심법조윤리, 피데스, 2014, 390쪽.
 - 14) 대법원 2012. 8. 30. 선고 2012도6027 판결; 대법원 2007. 1. 31. 선고 2006모656 결정.
 - 15) 최진안, 앞의 책, 452-453쪽.
 - 16) 대법원 2012. 8. 30. 선고 2012도6027 판결.
 - 17) 김병수, “변호사의 비밀유지의무와 진실의무”, 법학연구 제48권 제2호(통권 제58호), 부산대학교법학연구소, 2008, 361쪽.
 - 18) 송시섭, 앞의 논문, 576쪽.

유죄증거를 적극적으로 수사기관 및 법원에 제시하는 등 실체적 진실발견을 위한 적극적 진실의무를 이행할 것이 요구되지 않을 뿐만 아니라, 설사 이러한 행위가 일응 진실의무에 부합 하는 듯한 외관을 보인다고 하더라도 이러한 행위는 변호사 윤리 상 의뢰인에 대한 비밀유지의무에 정면으로 위반된다고 할 것이다. 더 나아가 변호사가 자신의 의뢰인에 대한 유죄 심증을 가지고 의뢰인을 다그쳐서 그로 하여금 자백을 하도록 강요하거나 의뢰인으로 하여금 자신에게 불리한 증거나 자료를 제출하게 유도하는 것도 허용되지 아니함은 물론이다. 그러나, 의뢰인을 보호하기 위하여 거짓증거를 제출하거나 허위의 증인을 내세우는 등 실체적 진실발견을 방해하는 행위를 하는 것은 어떠한 경우에도 진실유지의무를 정면으로 위반하는 행위로서 결코 허용될 수 없다.

민사변호사의 경우에도 진실의무는 마찬가지로 요구되는데 이 경우 진실의무란 알고 있는 모든 사실의 유·불리를 불문하고 모두 진술하여야 하는 완전한 의미의 진실의무라고 해석하는 것이 타당하다는 견해¹⁹⁾도 있으나, 형사변호사와 마찬가지로 민사변호사의 진실의무 또한 소극적 진실의무로서 사법절차에서의 진실발견을 방해하기 위하여 적극적으로 불리한 증거를 은폐하거나 허위의 증거를 제출하는 등 사실을 왜곡하여서는 안 된다는 의미의 소극적 의무라고 해석²⁰⁾한다면 민사변호사에게 요구되는 진실의무가 완전한 진실의무까지 요구한다고 보기는 어렵다는 것이 필자의 견해이다. 따라서 변호사가 직무 수행 중 알게 된 의뢰인의 비밀로써 의뢰인에게 불리하고 상대방에게 유리한 자료를 적극적으로 제출할 것은 요구되지 아니할 뿐만 아니라, 형사변호사와 마찬가지로 이러한 행위는 의뢰인에 대한 비밀유지의무 위반이 될 가능성이 매우 높다. 반면, 변호사에게 요구되는 진실의무가 완전진실의무까지 요하지는 않는다 하더라도 의뢰인에게 유리하게 하기 위하여 적극적으로 진실에 반한 진술을 하거나 진실에 반하는 증거 등을 제출하는 것은 명백히 진실의무 위반에 해당한다. 의뢰인이 명백한 허위진술을 하고 허위 증거를 제출하려 하는 것을 알게 된 변호사는 의뢰인을 만류하여야 하고, 경우에 따라 극단적인 경우에는 변호사의 조언을 듣지 않고 허위의 진술과 증거제출을 하려는 의뢰인에 대하여 사임할 수도 있을 것이다. 이때 진실은 과연 객관적 진실을 의미하는가 혹은 당사자 자신이 사실이라고 믿고 있는 주관적 진실을 의미하는가가 문제될 수 있는데, 진실의무에서의 진실은 주관적 진실로 파악하는 입장²¹⁾이 일반적이다.

19) 정형근, 앞의 책, 329쪽.

20) 최진안, 앞의 책, 475-476쪽.

21) 정형근, 앞의 책, 327-328쪽.

V. 비밀유지의무와 비밀유지특권

변호사의 비밀유지를 의무로 파악한다면 비밀유지의무가 되지만, 한편 이를 권리 개념으로 파악한다면 소위 비닉특권(秘匿特權, attorney-client privilege)로 파악할 수 있다.²²⁾ 양자는 유사하지만 하나는 의무이고 다른 하나는 권리라는 점에서 크게 구별된다. 우리의 경우 민사소송법 제315조 제1항 제1호는 변호사 등 법령에 따라 비밀을 지킬 의무가 있는 직책에 있거나 이러한 직책에 있었던 사람이 직무상 비밀에 속하는 사항에 대하여 신문을 받을 때 증언을 거부할 수 있다고 규정하고 있고, 같은 법 제344조 제1항 제3호 다목에 의하면 법원의 문서제출명령에 대하여 위 제315조 제1항 각호에 규정된 사항 중 어느 하나에 해당하는 내용의 문서로써 비밀유지의무가 면제되지 아니한 문서에 대하여 문서제출을 거부할 수 있다고 규정하고 있다. 이외에도 형사소송법 제149조는 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 있다고 규정하는 외에, 같은 법 제112조는 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 있다고 규정하고 있다.

우리 법상 비밀유지의무에서 규정하고 있는 비밀의 범위와 증언거부 내지 문서제출거부규정에서 규정하고 있는 비밀의 범위가 정확하게 일치하는지는 법문 상 명확하지 않다. 양자는 모두 비밀이라는 용어를 사용하고 있으나, 앞서본 민사소송법 제 315조 제1항 제1호 내지 제344조 제1항 제3호 다목의 경우 비밀유지의무와 관련하여 증언거부 내지 문서제출거부가 허용됨을 명시하고 있는데 반하여, 형사소송법 제149조 내지 제112조는 이것이 비밀유지의무가 인정되는 비밀에 국한하는지 여부에 대하여는 명확하게 언급하고 있지 않기 때문이다. 이들 규정들은 영미법에서와 같이 보다 넓은 의미에서의 비닉특권을 규정하였다기보다는 비밀유지의무의 일환인 권리로서 규정되었다고 해석하는 견해²³⁾도 있는 반면, 우리 법상의 증언거부권 규정들을 영미법에서 인정되고 있는 비닉특권의 일종으로 이해하면서도 우리 법은 영미법과 같은 넓은 범위의 비닉특권을

22) 정형근, 위의 책, 350쪽.

23) 정인진, 앞의 논문, 140쪽.

인정하고 있지는 않다고 해석²⁴⁾하는 입장 등 여러 해석이 존재한다. 필자의 견해로서는 비밀유지의무가 인정되는 사항 내지 문건에 한하여 증언거부 내지 문서제출거부가 가능하다고 규정하고 있는 민사소송법과 달리 형사소송법에서는 그 문언 상 비닉특권의 일종으로 증언거부 내지 문서제출거부권을 규정하고 있다고 본다. 이러한 비닉특권이 인정되는 비밀의 범위는 당연히 비밀유지의무가 인정되는 비밀을 포함하는 것으로서 영미법과 같은 넓은 범위의 비닉특권은 현행법 해석상 인정하기 어렵다 하더라도 비밀유지의무의 비밀보다는 넓은 범위의 비밀을 포함하는 것으로 해석하는 것이 합당하다고 본다.

Ⅶ. 문서제출 · 증언 거부권의 행사와 포기

구체적으로 변호인이 법정에서의 증언내지 법원을 비롯한 각종 공공기관 등에서 문서제출을 요구받은 경우 이에 대한 거부권을 행사할 수 있는 경우가 어떤 것인지 사안에 따라 문제될 수 있는데, 대한변호사협회의 질의회신사례를 보면 소유권이전등기청구사건의 원고소송대리를 맡았던 변호사가 소송 종료 후 같은 사건의 피고가 원고를 상대로 제기한 청산금청구소송의 재판부로부터 위 원고로부터 소유권이전등기소송을 수임하게 된 경위와 소송수입 당시 원고와 피고가 동행한 사실이 있는지 여부 및 피고는 현재의 청산금소송에서 피고 자신의 원고에 대한 채무로 인해 자신의 부동산을 양도담보로 제공하되 소유권이전등기원인은 대물변제 약정형식을 취하기로 하였다고 주장하고 있는데 이러한 피고의 주장은 사실인지 여부에 대한 사실조회 요청을 받은 경우, 이러한 내용들은 모두 변호사의 직무상 비밀에 속하는 사항으로서 사실조회회신의무가 없다고²⁵⁾ 하였다. 또 다른 사례로서는 독점규제 및 공정거래에 관한 법률과 금융 감독 기구의 설치 등에 관한 법률 등에 의거하여 관련 행정기관의 공무원이 행정조사를 행함에 있어 법무법인 또는 변호사에게 조사대상자와 협의하거나 자문한 사항, 조사대상자로부터 제출받아 보관중인 서류를 제출할 의무가 있는지에 대하여 이러한 사항과 서류들은 모두 제출거부가 가능하다고²⁶⁾ 하였다.

24) 최진안, 앞의 책, 147쪽; 정형근, 앞의 책, 351쪽.

25) 대한변협 2008. 2. 19. 법제 제477호.

26) 대한변협 2005. 5. 25. 법제 제1524호.

관련 문제로서 변호인이 자신의 증언거부권을 행사한 경우 증언을 거부한 변호인이 작성한 문건 등의 증거능력이 문제될 수 있다. 민사소송의 경우 일반적으로 증언을 거부한 변호인은 문서제출도 당연히 거부할 것이므로 증언거부 변호인이 작성한 문건의 증거능력이 문제될 가능성이 상대적으로 낮지만, 형사소송의 경우 변호인이 증언을 거부하였더라도 증언을 거부한 변호인이 사건과 관련하여 작성한 문건이 증거로 제출된 경우 이러한 문건의 증거능력은 인정될 수 있느냐가 관건이다. 우리 판례는 비닉특권과 관련하여 변호사가 의뢰인과의 관계에서 작성한 문건에 대하여 증언을 거부한 사안에서, 형사소송법 제314조 소정의 전문증거의 원진술자 등의 진술에 의하여 진정 성립이 증명되지 아니하는 경우 예외적으로 증거능력이 인정되는 사유로써 ‘사망·질병·외국거주·소재불명, 그 밖에 이에 준하는 사유’로 한정하고 있는 만큼 형사소송법 제149조의 규정에 따라 변호인이 증언거부권을 행사하여 증언을 거부한 경우에는 형사소송법 제314조 소정의 ‘그 밖에 이에 준하는 사유’에 해당하지 아니한다고 판시²⁷⁾함으로써 비닉특권을 상당히 존중하는 입장으로 보인다.

그런데 증언거부권행사를 할 수 있음에도 불구하고 증언을 한 경우 이러한 변호인 증언의 증거능력과 위증죄 성립여부가 또한 문제된다. 변호인의 증언거부권 포기에 따른 비밀유지의무 위반 가능성은 별론으로 하더라도, 변호인이 자신의 증언거부권을 스스로 포기하고 증언한 경우 그 증언은 증거능력이 인정되는 것이 원칙일 것이다. 그런데 여기서 문제는 증언을 한 것만으로 증언거부권 행사를 포기하였다고 언제나 해석할 수 있는냐이다. 이 경우 재판부로부터 증언거부권이 있음을 고지 받고 변호인이 자의로 증언거부권을 포기하였는지 여부가 관건인데 앞서 본 바와 같이 민사소송법과 형사소송법은 모두 변호인의 증언거부권을 규정하고 있으나, 재판에 증인으로 출석한 변호인이 재판 절차상 증언거부권을 고지 받지 아니한 채 증언 거부할 수 있는 사항에 대하여 선서 후 증언한 경우 증언의 효력을 인정할 것인지에 대하여는 좀 더 살펴볼 필요가 있다. 이 문제는 민사소송과 형사소송의 경우를 나누어 보아야 하는데, 증언거부권 규정과 함께 재판장의 증언거부권 고지의무도 규정하고 있는 형사소송법 규정과 달리, 증언거부권 제도를 두면서도 재판장의 증언거부권 고지에 관한 규정을 따로 두고 있지 않는

27) 대법원 2012. 05. 17. 선고 2009도6788판결 : 형사절차 개시 이전의 당사자로서 피의자 내지 피고인이 아닌 자가 변호사와 상담한 법률자문과 관련하여 법원은 비닉특권이 부정된다고 설치하면서도, 변호인이 작성한 법률의견서의 증거능력에 대하여는 법정에서의 변호인의 증언거부권 행사는 형사소송법 제314조 소정의 “그 밖에 이에 준하는 사유로 인하여 진술할 수 없는 때”에 해당하지 않는다고 함으로써 결론적으로 비닉특권을 강력히 인정하는 취지의 판시를 하고 있음.

민사소송의 경우 입법의 경위 및 규정 내용에 비추어 볼 때 양 절차에 존재하는 목적과 적용원리 등의 차이를 염두에 둔 입법적 선택으로 보아 민사소송절차에서 재판장이 증인에게 증언거부권을 고지하지 아니하였다 하여 절차위반의 위법이 있다고 보지 아니하므로 민사소송의 경우 증언거부권을 고지하지 아니하였다 하더라도 증거능력은 물론 위증죄의 성립에도 별도의 영향을 미치지 않는다고 보는 것이 판례²⁸⁾와 학설²⁹⁾의 일반적 입장으로 보인다.

한편 형사소송의 경우 증언거부권 고지의무가 법으로 규정되어 있는 만큼 증언거부권을 고지 받지 못한 증인의 선서는 절차상 하자가 있고, 증언거부사유가 있음에도 증인이 증언거부권을 고지 받지 못함으로 인하여 그 증언거부권을 행사하는 데 사실상 장애가 초래되었다고 볼 수 있는 경우에는 위증죄의 성립이 부정³⁰⁾되는데 반하여, 증언거부권 있음을 설명하지 아니한 경우라 할지라도 증인이 선서하고 증언한 이상 그 증언의 효력에 관하여는 역시 영향이 없고 유효하다고 해석하는 것이 우리 판례의 입장³¹⁾이다. 필자의 견해로서는 증언거부권을 고지 받지 못한 채 증언을 한 경우 증언의 증거능력이 그대로 인정될 수 있다는 해석은 불합리한 것으로 보인다. 뿐만 아니라, 민사소송과 형사소송에 있어서 현행법상 증언거부권 고지 규정이 다르게 규정되어 있고 이에 따라 민사소송의 경우 증언거부권 고지를 굳이 필요로 하지 않는다는 해석에도 문제가 있다고 보인다. 변호사와 상담하는 의뢰인의 입장에서는 자신의 상담내용과 관련된 비밀유지의무가 형사사건과 민사사건에서 다르게 보호된다는 사실을 상식적으로 이해하기 매우 어려울 것이다. 경제규모가 커지면서 과거와 달리 민사소송의 비중이 점점 더 커지고 있는 현실을 감안한다면 우리의 입법과 판례는 이러한 점에서 향후 변화가 필요³²⁾하다고 본다.

Ⅶ. 맺음말

본고에서는 변호인의 비밀유지의무와 관련하여 현행 법령 규정들의 내용을 살펴봄에

28) 대법원 2011. 7. 28. 선고 2009도14928 판결.

29) 김정한, “증언거부권 불고지와 위증죄의 성부 및 증언의 증거능력에 관한 소고”, 법학논고 제49집, 경북대학교 법학연구원, 2015, 567쪽.

30) 대법원 2010. 1. 21. 선고 2008도942판결.

31) 대법원 1957. 3. 8. 선고 4290형상23 판결.

32) 김정한, 앞의 논문, 583쪽.

있어 비밀의 개념과 인정범위, 비밀유지의무의 존속기간, 진실유지의무와의 충돌문제, 비밀유지특권과의 관계, 문서제출 및 증언의 거부권 행사와 포기 등의 관점에서 살펴보았다. 비밀유지의무는 변호사의 의뢰인에 대한 관계에서 인정되는 의무의 측면뿐만 아니라 법조 직업에 대한 공공의 신뢰제고라는 측면에서 권리로써 인정되는 부분이 함께 공존³³⁾하는 만큼, 변호사의 직업윤리로서의 비밀유지의무는 일반적인 윤리의무와의 관계에서 경우에 따라서는 그 의무의 완화 내지는 경감이 필요한 측면이 있는 것도 사실인 반면, 의뢰인과의 상담이나 소송수행과정에서 알게 된 비밀을 유지하여야 할 직업 윤리적 측면에서 일반적인 윤리 원칙이 그대로 적용될 수 없는 부분³⁴⁾이 있다. 이러한 점에서 향후 우리의 입법은 증언거부권 내지 문서제출거부권 규정을 보다 정치하게 구비함으로써 변호사는 물론이고 변호사에게 법률서비스를 의뢰하는 일반 국민의 입장에서 비밀보호의 구체적 가이드라인을 제시할 것이 요구되며, 증언거부권 고지 등에 대한 민사소송법과 형사소송법 규정의 차이는 입법적으로 해소하는 것이 바람직하다. 특히 증언거부권을 고지 받지 못한 경우의 증언의 효력 등은 증거능력 인정여부에 대하여 보다 구체적인 가이드라인이 필요하다. 이와 아울러, 변호인의 접견교통의 비밀보장 강화의 필요성³⁵⁾ 또한 크다고 본다. 변호사의 비밀유지의무는 접견교통의 비밀보장이 우선되지 않고서는 의미가 없기 때문이다. 향후 관련 입법과 판례의 보다 정치한 발전을 기대한다.

33) 임규철, 앞의 논문, 943쪽.

34) 김재원, “변호사의 직업윤리와 일반윤리”, 법과사회 제29권, 법과사회이론학회 2005, 109쪽.

35) 송시섭, 앞의 논문, 579쪽.

참고문헌

1. 단행본

박휴상, 핵심법조윤리, 피데스 2014.

정형근, 법조윤리강의, 박영사, 2014.

최진안, 법조윤리, 세창출판사, 2014.

2. 학술지

강희원, “변호사의 직업윤리와 그 의무의 충돌 -변호사광고 및 비밀유지의무와 진실의무를 중심으로-”, 법과사회 제29권, 법과사회이론학회 2005, 29-71쪽.

김상호, “보험자대위에 의하여 취득한 구상권의 소멸시효의 기산점과 기간”, 사법행정 제35권 제11호, 한국사법행정학회, 1994, 73-78쪽.

김병수, “변호사의 비밀유지의무와 진실의무”, 법학연구 제48권 제2호 통권제58호, 부산대학교법학연구소, 2008, 353-377쪽.

김재원, “변호사의 직업윤리와 일반윤리”, 법과사회 제29권, 법과사회이론학회 2005, 103-125쪽.

김정한, “증언거부권 불고지와 위증죄의 성부 및 증언의 증거능력에 관한 소고”, 법학논고 제49집, 경북대학교 법학연구원 2015, 563-594쪽.

하정철, “변호사의 비밀유지의무 -예외사유인 공익상의 이유를 중심으로-”, 법학논고 제47권, 경북대학교법학연구원, 2014, 571-600쪽.

송시섭, “형사변호인 권리의 보장과 실현”, 동아법학 제44권, 동아대학교법학연구소, 2009, 569-589쪽.

임규철, “변호사 보유의 의뢰인 정보에 대한 비밀유지와 국회 제공요구 시 문제해결을 위한 연구”, 강원법학 제41권 제2호, 강원대학교 비교법학연구소 2014, 929-957쪽.

정인진, “변호사의 비밀유지의무”, 저스티스 통권104호, 한국법학원, 2008, 136-172쪽.

배기석, “변호사비밀유지의무의 완화경향에 관한 연구”, 법학연구 제51권제4호 통권제66호, 부산대학교법학연구소, 2010, 31-53쪽.

[Abstract]

Lawyers' Duty of Confidentiality

Choi, U-ni*

The Attorney-at Law Act states that any attorney-at-law or any former attorney-at-law shall not disclose any confidential matters that he/she learned in the course of performing his/her duties, and the Attorney's Ethics Code states that any attorney-at-law shall not reveal or make improper use of any confidential matters that he/she learned in the course of performing his/her professional duties. The code further regulates that any attorney-at-law shall not disclose his/her communication with his/her client or documents or materials he/she has received from his/her client, as well as documents, memos, or any other similar materials produced in the course of performing his/her professional duties. This is so called a 'duty to maintain confidentiality' of an attorney-at-law, and we cannot deny that the primary duty of an attorney-at-law is to keep his/her confidentiality for his/her clients. However, the same relevant laws and regulations also require an attorney-at-law to maintain truthfulness, which is a sort of duty to maintain dignity as a professional lawyer. The Attorney-at Law Act states that each attorney-at-law shall, in performing his/her duties, be prohibited from concealing the truth or making false statements, and the Attorney's Ethics Code states that each attorney-at-law shall, in performing his/her duties, be prohibited from distorting the truth or making false statements. These above two duties sometimes can go together in good harmony, but sometimes they can be in great contradiction with each other just like in the case of *People v. Belge*. The problem is how to keep the balance of the contradicting demands of both duties' obligations. In the line, I have reviewed the content and limit of the confidentiality duty, its relations with the duty of truthfulness.

And I have also reviewed the relevant legal matter i.e. the refusal of submission of documents and witness of an attorney-at-law, which is generally understood as an attorney-client privilege under the current laws. Both the Civil Procedure Act and the Criminal

* Professor, Law School of Konkuk University

Procedure Act state that a lawyer may refuse to testify when he/she is examined on matters falling under the secrets of his/her official professional functions, and that a lawyer may refuse to submit his/her documents or articles when they were prepared as to his/her legal professional relationship with his/her clients. The two acts need to be more specifically refined and developed in the near future, in order to give more detailed guidelines to both lawyers and their clients.

[Key Words] Duty to Maintain Confidentiality, Duty to Maintain Truthfulness, Attorney-Client Privilege, Refusal of Submission of Documents, Refusal of Witness