

발 간 등 록 번 호

32-9741568-001529-01

변호사-의뢰인 간 의사교환의 비밀보장에 관한 연구

- 형사절차에서 증거수집 및 사용을 중심으로 -



Judicial Policy Research Institute



사법정책연구원

변호사-의뢰인 간 의사교환의 비밀보장에 관한 연구

- 형사절차에서 증거수집 및 사용을 중심으로 -

A Study on Protecting Confidentiality of
Communications between an Attorney and the Client

- Focusing on the Criminal Proceedings -

연구책임자: 이 상 훈 (사법정책연구원 연구위원)

사법정책연구원은 미래의 사법부가 추구해야 할 바람직한 모습을 정책적으로 설계하기 위하여 2014. 1. 1. 대법원 산하에 설립된 연구기관으로서, 사법제도 및 재판제도의 개선에 관한 연구를 수행하고 있습니다.

이 연구보고서는 2021년도에 선정된 연구과제 중 하나인 『변호사-의뢰인 간 의사교환의 비밀보장에 관한 연구 - 형사절차에서 증거수집 및 사용을 중심으로 -』의 결과물입니다. 연구의 진행 단계에 따라 연구원의 내부 검토 및 연구과제심의 위원회의 심의 절차를 거쳤고, 관련 분야의 전문가로부터 객관적이고 충실한 자문과 평가를 받았습니다.

앞으로 이 연구보고서가 국민을 위한 사법정책의 수립 및 제도의 개선에 좋은 참고자료로 널리 활용되기를 기대합니다.

내용 목차

국문 요약	xi
Abstract	xiv
제1장 서론	1
제1절 연구의 목적	3
제2절 연구의 범위와 방법	6
I. 연구의 범위	6
II. 연구의 방법	7
제2장 변호사-의뢰인 간 의사교환의 비밀보장에 관한 우리나라의 논의상황	9
제1절 현행법령 및 판례 검토	11
I. 관련 법령	11
1. 형사소송법 및 형법	11
2. 변호사법 및 변호사윤리장전	13
3. 헌법의 근거규정성	14
II. 대법원 판례의 입장	16
1. 사실관계	16
2. 제1심 및 원심의 판단	17
3. 대법원의 판단: 대법원 2012. 5. 17. 선고 2009도6788 전원합의체 판결	19
III. 검토	20
1. 헌법적 권리성에 관하여	20
2. 다른 실정법상 규정들에 관하여	21
제2절 국회 입법안 검토	23
I. 19대 및 20대 국회: 변호사법 일부개정법률안	23
1. 노철래 의원 대표발의안	23
2. 나경원 의원 대표발의안	24

3. 유기준 의원 대표발의안	25
Ⅱ. 21대 국회: 조응천 의원 대표발의안	26
Ⅲ. 요약 및 평가	28
1. 요약	28
2. 평가	30

제3장 변호사-의뢰인 간 의사교환의 비밀보장에 관한 비교법적 검토 35

제1절 미국의 변호사-의뢰인 특권	37
Ⅰ. 서설	37
1. 의의	37
2. 인접개념: 업무성과물 원칙	39
3. 형성	41
Ⅱ. 발전 및 수용	42
1. 영국에서 특권의 발전	42
2. 미국에서 특권의 수용	44
Ⅲ. 취지 및 근거	45
1. 인정 취지	45
2. 인정 근거	47
3. 헌법적 관점	53
Ⅳ. 변호사-의뢰인 특권의 요건	55
1. 의사교환의 당사자	55
2. 의사교환	58
3. 의사교환의 기밀성(In Confidence)	60
4. '법적 조력'을 제공하거나 받기 위한 '목적'	61
Ⅴ. 변호사-의뢰인 특권의 효력	62
1. 일반론	62
2. 특권의 성립 및 효과	63
Ⅵ. 변호사-의뢰인 특권의 행사 절차	69
1. 행사 및 판단주체	69
2. 행사 절차	70
3. 행사 시기	71
4. 구체적 검토: 압수영장 집행 시의 행사	72
5. 주장의 특징: 프리빌리지 로그(privilege log)	75
6. 주장의 입증: 진술서 등의 첨부	82

7. 심리 및 판단	82
VII. 변호사-의뢰인 특권 침해의 효과	84
1. 기본적 효과	84
2. 이른바 ‘독수독과 원리’의 적용여부	85
3. 다른 구제수단	90
4. 특권 침해가 헌법 위반인 경우	91
VIII. 변호사-의뢰인 특권의 예외	109
1. 개요	109
2. 특권의 남용: 범죄/사기 예외(crime/fraud exception)	109
3. “정당한 사유”의 예외 또는 “이익형량”의 예외	140
4. 신인관계의 예외(fiduciary exception)	147
5. 상속재산 분쟁의 예외	149
6. 자기 보호의 예외	149
IX. 변호사-의뢰인 특권의 포기	150
1. 포기의 합의, 특권보호의 부인, 이의제기 부존재	150
2. 자발적 공개(Voluntary Disclosure)	151
3. 변호사의 법적 조력에 대한 이의제기로 인한 포기	153
4. 일부 포기의 문제	154
제2절 영국의 법률전문가 특권	155
I. 서설	155
1. ‘법률 전문가 특권’의 인정	155
2. 유형: 자문 특권 및 소송 특권	155
II. 규율의 관점 및 특징	156
1. 규율의 관점	156
2. 영국 규율의 특징	156
III. 특권의 주체, 요건 및 효력	157
1. 주체	157
2. 요건	158
3. 효력	160
IV. 특권의 예외	161
1. 서설	161
2. 범죄/사기 예외(crime/fraud exception)	161
3. 특정한 관계에 있는 당사자 간의 예외	163
4. 실정법 규정에 의한 예외	163
V. 특권 분쟁의 절차	164

1. 특권의 주장 및 상대방의 이의	164
2. 특권의 입증	165
3. 법원의 심리	165
VI. 형사절차에서 특권의 제한 및 침해의 효력	166
1. 변호사가 증인인 경우	166
2. 압수수색에 대한 규율	166
3. 특권 침해의 효력	167
VII. 평가	168
제3절 독일에서 변호사에 대한 직무상 비밀의 보장	170
I. 서설	170
1. 규율의 관점	170
2. 규율의 특징 및 체계	170
II. 직무상 비밀유지의 일반적 근거 및 성격	172
1. 일반적 근거	172
2. 성격: 의무인 동시에 권리	173
III. 직무상 비밀유지의 주체 및 객체	174
1. 비밀유지의 주체	174
2. 직무상 비밀유지의 객체	175
IV. 비밀유지의 효력 및 예외	177
1. 비밀유지의 효력	177
2. 비밀유지의 예외	178
V. 형사소송법상 직무상 비밀 보호에 관한 규율	179
1. 압수에 대한 제한(형사소송법 제97조 제1항, 제2항 및 제3항)	179
2. 직무상 비밀 취급자에 대한 강제수사조치 금지(형사소송법 제160a조)	181
3. 침해에 대한 구제절차	183
4. 예외사유(형사소송법 제97조 제2항, 형사소송법 제160a조 제4항)	185
5. 관련문제: 형법상 직무상 비밀보호 규정	185
VI. 평가	187
제4절 프랑스에서 변호사에 대한 직무상 비밀의 보장	188
I. 서설	188
1. 직무상 비밀: 규율체계 및 논의차원	188
2. 법적 근거	190
II. 직무상 비밀의 구체적 규율	193
1. 직무상 비밀에 관한 의무 및 권리: 주체 및 내용	193
2. 비밀유지의무 및 권리의 예외	196

Ⅲ. 형사소송법상 변호사에 대한 직무상 비밀의 보호	197
1. 규제체계 개관	197
2. 형사소송법 제109조 등: 직무상 비밀과 증언거부권	197
3. 직무상 비밀에 대한 강제수사 규제	198
4. 형사소송법 제56-1조: 변호사에 대한 압수수색 규제	199
Ⅳ. 개정 형사소송법(2022. 3. 1. 시행 사법신뢰법 제3조)	204
1. 개정 배경	204
2. 주요 내용:	
형사소송법 서조 및 제56-1조 개정, 제56-1-1조 등 신설	204
Ⅴ. 평가	206
제5절 캐나다의 변호사-의뢰인 특권	208
Ⅰ. 서설: 변호사-의뢰인 특권의 인정	208
Ⅱ. 특권 행사를 위한 절차적 보장	208
1. 절차적 보장의 중요성	208
2. 연방대법원의 Lavallee 판결	209
Ⅲ. 수사기관의 압수·수색시 특권 보호 절차	212
1. Lavallee 판결 제시 가이드라인	212
2. 변호사협회 가이드라인	213
Ⅳ. 평가	214
제6절 일본에서 변호사-의뢰인 간 의사교환의 비밀보장	216
Ⅰ. 서설	216
Ⅱ. 현행법 규정	216
1. 형사소송법	216
2. 민사소송법	219
Ⅲ. 판례	220
1. 형사법 분야 판결	220
2. 그 외 분야: 이른바 ‘JASRAC 사건’	221
Ⅳ. 평가	224
제7절 국제법적 규율	226
Ⅰ. 서설	226
Ⅱ. 유럽인권법원 판례	226
1. 인정 여부 및 근거	226
2. Versini-Campinchi and Crasnianski v. France 판결	227
3. Foxley v. United Kingdom 판결	228

Ⅲ. 유럽사법법원 판례	228
1. 인정 여부 및 근거	228
2. AM & S 판결	229
3. Akzo Nobel 판결	229
Ⅳ. 국제사법재판소의 사례	230
1. 사건의 개요	230
2. 사건의 진행 및 평가	230
Ⅴ. 국제형사재판소 절차 및 증거규정	230
제8절 소결	232
Ⅰ. 규율의 관점	232
1. 규율체계	232
2. 보호대상	232
Ⅱ. 시사점	232
1. 규율의 차원	232
2. 보호대상의 설정 기준	233
3. 보호가 적용되는 소송절차의 범위	234
4. 보호대상의 시적, 물적 범위	235
5. 비밀보호의 예외사유	236
6. 비밀보호 침해의 효과	237
7. 권리 구제 절차	238
제4장 변호사-의뢰인 간 비밀유지에 관한 입법방안	241
제1절 개선입법의 고려사항	243
Ⅰ. 규율의 전체적 체계	243
Ⅱ. 우리 법률체계와 조화	244
Ⅲ. 보호대상의 설정	245
Ⅳ. 의뢰인의 권리주체성 인정	246
Ⅴ. 비밀침해에 대한 조기, 적시의 구제절차	247
Ⅵ. 비밀 누설을 최소화하는 구제절차	248
Ⅶ. 예외사유의 정비	249
제2절 입법안 제시	251
Ⅰ. 형사소송법 일부개정법률안	251
Ⅱ. 법안 설명	253

1. 논의의 차원: 형사소송법 개정안	253
2. 권리의 성격 및 행사주체	256
3. 보호대상	258
4. 비밀유지의 예외사유	259
5. 비밀보장의 시기	262
6. 비밀유지권 침해의 효과	263
7. 비밀유지 주장의 절차	265
제5장 결론	273
참고문헌	282



국문 요약

변호사-의뢰인 간 의사교환의 비밀보장은 미국 등 영미법계에서는 이른바 변호사-의뢰인 특권(Attorney-Client Privilege) 같은 특권 인정의 형태로, 독일, 프랑스 등 대륙법계에서는 주로 변호사에게 인정되는 직무상 비밀 보장의 형태로 논의되어 왔다. 그 인정 또는 보장은 의뢰인으로 하여금 변호사와 논의한 사항이 그 의사에 반하여 외부에 공개되지 않으리라는 신뢰 하에 변호사에게 필요 정보 일체를 기탄없이 제공하도록 촉진한다. 즉 이는 변호사가 의뢰인에게 실질적 도움이 되는 유효적절한 법적 조력을 제공하기 위한 전제이다.

그러나 우리 헌법과 법률은 이러한 비밀을 보장받을 일반적 권리를 명문으로 규정하지 않고 있고, 그 해석을 통해 이러한 권리가 보장된다고 보기도 어렵다. 현행 법령의 해석만으로 변호사-의뢰인 간 의사교환의 비밀을 보장받을 권리가 당연히 도출, 인정되지 않음은 대법원이 2012. 5. 17. 선고 2009도6788 전원합의체 판결을 통하여 확인한 바 있다. 변호사-의뢰인 간 의사교환의 비밀침해 문제는 그 증거제출이 강제되는 국면에서 발생하며, 우리나라에서는 특히 형사절차에서 수사상 압수에 관련하여 그 문제점이 제기되어 왔다. 입법적 뒷받침 없이는 현재의 문제점을 개선하는 데 한계가 있다.

이 연구는 상기 문제에 관한 입법적 개선방안의 모색을 주된 목적으로 하면서, 그 과정에서 미국, 프랑스, 독일 등의 관련 규율에 대한 비교법적 분석을 통하여 시사점을 얻고, 이를 바탕으로 특히 형사절차를 중심으로 우리 현 제도에서 문제되는 부분을 실효적으로 해결할 수 있는 입법 방안을 제시하였다. 또한 각국의 규율에 대한 검토 내용이, 관련 입법 이후 제도가 정착되는 과정에서 비밀보장의 요건, 예외 및 절차를 둘러싸고 전개될 해석론에 하나의 참고자료로 활용될 수 있도록 하였다.

국내에서 변호사-의뢰인 간 의사교환의 비밀보장을 강화하기 위한 입법적 개선에 관하여는 이미 다양한 방안이 제시된바 있고, 현 제21대 국회에도 관련 법안들이 계류 중이다. 이와 같은 기존 법안들은 공통적으로 ‘변호사법 개정안’ 형식을 취하고 있다. 특히 제21대 국회에 제출된 변호사법 개정안은 변호사-의뢰인 간 의사교환 일반에 대한 비밀보장과 함께, 국

가의 사법·행정절차 일반에서 그 비밀을 침해하여 수집된 자료에 대한 증거 사용의 일반적인 금지를 규정한다.

그러나 상기 변호사법 개정안의 내용이 기존 변호사법의 입법취지 및 내용과 조화되는가는 보다 신중히 검토될 필요가 있다. 변호사법 내 단일 조항에 의한 획일적 규율은 개별 절차가 갖는 고유한 특성과 법리에 조화되기 쉽지 않고 규범의 실효성 확보도 용이하지 않을 수 있다. 나아가 비밀보장의 핵심은 누설을 사전에 차단하는 것이기에 증거수집 단계에서 그 수집 자체를 규제함이 보호의 핵심인데, 특히 제21대 국회 제출 법안은 증거제출 후 판단 단계에서 그 사용을 배제할 뿐 수집 자체를 다룰 수 있도록 하고 있지 않아 권리보장 실익이 감소되고 권리침해의 구제 측면에서 미비점을 노정하고 있다.

미국에서 인정되는 이른바 변호사-의뢰인 특권(Attorney-Client Privilege)은 근본적으로 증거법 차원으로 논의되는 증거법상 특권이다. 형사절차의 경우 수사 단계에서 수사기관의 강제적인 증거수집 행위에 맞서 그 상대방이 즉시 이 특권을 주장하고, 특권 보호 여부에 관하여 법원이 판단하는 절차가 운용되고 있다. 특히 연방증거규칙이 형사·민사사건을 모두 규율하는 체계임에도 불구하고, 법원이 형사절차에서 특권 보호 여부를 판단함에 있어서 일반 민사와 비교하여 형사절차가 갖는 고유한 특성이 고려되는 사례도 주목된다.

대륙법계 국가인 프랑스에서는 변호사에게 인정되는 직무상 비밀(le secret professionnel de l'avocat)보장에 관한 변호사법의 일반규정과 별도로, 개별 법령인 형사소송법에서 변호사 등을 상대로 한 직무상 비밀로 보호되는 목적물의 압수에 관한 특별한 규제를 두고 있다. 수사기관의 압수수색 시에 직무상 비밀에 의한 보호 여부에 다름 있는 때에는 압수를 일단 멈추고 법원이 보호 여부를 판단하여, 비밀로 보호되는 대상을 제외한 서류, 물건만을 수사기관이 압수할 수 있도록 하고 있다. 최근에는 형사소송법이 개정되어서 이에 대한 보호가 더욱 강화되기에 이르렀다. 한편 독일에서도 변호사법상 비밀유지에 관한 일반규정과 별도로 개별 법령인 형사소송법에서 변호사에 대한 압수 등 강제수사에 있어 직무상 비밀보호를 위한 여러 규제를 마련하고 있다.

이 연구는 이러한 비교법적 검토를 바탕으로 다음과 같은 입법적 개선방안을 제시하였다.

첫째, 이 문제를 개별 절차법령에서 규율함이 보다 더 적절할 수 있다는 검토 하에, 기존 국회제출 법안들이 공통적으로 취하고 있는 ‘변호사법 개정안’의 형식 대신 ‘형사소송법 개정안’ 형식의 입법 방안을 제시하였다. 특히 우리 법제에서 자료제출의 강제는 일반적 증거개시제도가 아직 도입되지 않은 민사보다는 주로 형사상 압수수색 등과 관련하여 문제됨이

고려되었다.

둘째, 우리나라에서도 변호사에 대한 압수가 문제되는 국면이 종종 발생하였으나 변호사 등 직무상 비밀취급 주체의 압수거부권에 관한 기존 형소법 제112조 및 제219조의 활용이 저조하였는바, 그 문제점으로 압수거부권의 보호 대상이 협소함이 지적되었던 것을 개선하고자 외국의 제도 등을 참고하여 보호 대상을 확대하는 입법안을 제시하였다.

셋째, 조기에 비밀침해로부터 구제받도록 공판단계에서 증거사용 배제 이전에 강제적 증거수집 자체를 다룰 수 있는 절차를 강구하였다. 상기 압수거부권의 행사절차가 불명확했던 것을 개선하여 그 행사절차는 물론 압수대상성에 관한 분쟁 발생 시 판단절차에 관한 근거를 법안에 명시하고자 하였다. 외국의 제도를 참고하여 수사기관의 압수수색에 대해 현장에서 즉각 이를 다룰 수 있게 하고, 압수대상성에 대한 법원의 판단을 받아 비밀의사교환을 압수수색에서 배제하는 절차를 준항고 특칙조항으로 설계, 마련하였다.

넷째, 비밀로 보호될 수 있는 변호사와의 의사교환임에도 수사기관의 압수절차에서 압수거부권을 행사하지 않아 그에 대한 법원의 판단 없이 압수된 경우에 공판 단계에서 형소법 제308조의2에 따른 증거능력 배제 가부가 논의될 수 있는바, 관련한 외국의 규율 등을 참고하여 그 증거능력에 관한 별도의 규정을 마련하였다.

형사절차에서 변호사-의뢰인 간 비밀 의사교환을 대상으로 한 압수가 논란이 되어 왔다. 비밀보장이라는 관점에서 이것이 규제될 필요가 있음은 물론이나, 보장이 실효적이기 위해서는 공판정에 제출된 후 최종 단계에서의 증거사용 배제에 앞서 사전에 강제적인 증거수집 및 증거제출 자체를 차단할 수 있도록 절차가 설계될 필요가 있다. 이 연구는 이러한 절차보장의 측면이 특히 중요함을 강조하고자 한다.

이 연구를 계기로 그간 변호사법 개정안 차원으로 진행된 기존 논의들의 대안으로서 또는 그와 병행하여, 형사소송법 등 개별 법령 차원에서 변호사-의뢰인 간 의사교환의 비밀보장을 제고하는 법령 정비에 관한 여러 논의가 촉발될 수 있길 기대한다. 나아가 이 연구가 향후 관련 제도의 입법 시에 그 해석 및 운용에 유용한 참고자료로 활용되길 기대한다.

주제어: 변호사-의뢰인 간 의사교환의 비밀보장, 변호사-의뢰인 특권, 직무상 비밀 보호, 변호사법 제26조, 변호사법 개정안, 형사소송법 제112조, 형사소송법 제209조, 압수거부권, 형사소송법 개정안, 준항고



Abstract

A Study on Protecting Confidentiality of Communications between an Attorney and the Client - Focusing on the Criminal Proceedings -

LEE, Sanghoon
Research Fellow, JPRI

Communication between lawyers and clients has been protected as a matter of the lawyer's ethical duty of confidentiality in both Anglo-American and Continental law. Furthermore, the attorney-client privilege, which protects communications made in confidence in the course of the lawyer-client relationship, has been firmly established as a legal doctrine, particularly in Anglo-American jurisprudence. The purpose of the protection of confidentiality is to encourage clients to provide the attorney with all necessary information and protect information from disclosure against their will. In other words, this is a premise for lawyers to provide their clients with effective and appropriate legal assistance.

However, the Korean Constitution and laws do not explicitly stipulate the general right to be guaranteed such confidentiality, and it is difficult to find that this right is guaranteed through the interpretation of the current laws. The Supreme Court confirmed through the 2009 Do 6788 all-inclusive decision on May 17, 2012, that the right to be guaranteed the confidentiality of communication between lawyers and clients is not rightly derived or recognized by the interpretation of the current laws and regulations. When the submission of evidence is made compulsory, the infringement of confidentiality of communication between lawyers and clients frequently occurs. And such issues are raised in Korea, particularly during the seizure under investigation in criminal proceedings. Without legislative improvement, it would

be difficult to solve the current problems.

This study's main goal is to seek legislative improvement measures for the aforementioned issues while also looking for implications by means of comparative legal analysis of relevant regulations in the United States, France, Germany, and other countries. Furthermore, this study suggests legislative measures that would effectively solve the problems in our current system. When settling the system after the relevant legislation, the comparative legal reviews in this study could be utilized as a reference for the interpretation of requirements, exceptions, and procedures for protection of confidentiality.

Various improvement measures to enhance the confidentiality of communication between lawyers and clients have already been suggested in Korea, and some of the related bills are currently pending in the 21st National Assembly. These existing bills are frequently introduced as an 'amendment to the Attorney-at-Law Act.' The amendment submitted to the 21st National Assembly, in particular, provides not only for the protection of the confidentiality of communication between lawyers and clients in general, but also for a general ban on the use of evidence obtained in an infringement of confidentiality in the state's judicial and administrative procedures.

It is necessary to examine more closely, however, whether the contents of the amendment to the Attorney-at-Law Act are consistent with the legislative purpose and content of the existing Attorney-at-Law Act. A uniform regulation based on a single provision in the Korean Attorney-at-Law Act is not easy to harmonize with the inherent characteristics and legal principles rooted in each procedure while also maintaining the effectiveness of the provision. Furthermore, the amendment simply excludes the use of the evidence at the trial stage, but it does not permit a challenge to the seizure itself. The key to confidentiality, however, is to ensure that confidential matters are not seized by an investigative agency and are not present as evidence at the trial. As a result, the benefits of ensuring the right are limited, and there is still a lack of remedies for infringement of confidentiality.

The attorney-client privileges recognized in the United States are fundamentally a privilege

under the law of evidence, a concept from the law of evidence. In the case of criminal proceedings, the court decides whether the privilege is protected or not when the other party immediately asserts this privilege against the forcible evidence-gathering act of the investigative agency at the investigation stage. In particular, although the Federal Rules of Evidence govern both criminal and civil cases, when courts decide whether to protect privileges in criminal procedures, there are cases where the unique characteristics of criminal procedures are considered in comparison to general civil cases.

In France, a country in the continental law system, in addition to the general provisions of the French Attorney-at-Law Act(Loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971) on the guarantee of the professional confidentiality of lawyers(le secret professionnel des avocats), the individual provisions under the Criminal Procedure Act(Code de procédure pénale) specifically regulate the professional confidentiality of lawyers. When there is a dispute over whether something should be protected as confidential during a search and seizure by an investigative agency, the seizure is temporarily ceased and the court decides whether to protect it so as to make the investigative agency seize documents and objects not subject to confidentiality. Recently, the French Criminal Procedure Act has been amended to further strengthen this protection. Meanwhile, in Germany, the protection of professional confidentiality in compulsory investigations, including seizure against lawyers, is regulated in several ways through the Criminal Procedure Act as an individual law, separate from the general provisions on confidentiality under the German Attorney-at-Law Act(Bundesrechtsanwaltsordnung).

Based on the comparative legal review, this study suggests the following legislative improvement measures.

First, considering that it might be more appropriate to regulate this issue under individual procedural law, this study proposes a legislative measure made in the form of an amendment to the Criminal Procedure Act instead of the amendment to the Attorney-at-Law Act, which has been commonly adopted by bills submitted to the National Assembly. In particular, it is considered that the compulsory submission of evidence in the Korean legal system was primarily related to criminal search and seizure rather than civil procedure, where the general

evidence discovery system had not yet been introduced.

Second, although criminal seizure against lawyers was often problematic in Korea, the use of Articles 112 and 219 of the current Korean Criminal Procedure Act regarding the right to refuse seizure against a person who relates to the confidentiality of others, including lawyers, was poorly applied. This study proposes an amendment to the Criminal Procedure Act to broaden the object of protection by referring to foreign systems.

Third, in order to obtain relief from breach of confidentiality, this study proposes the procedure devised to dispute the compulsory seizure of evidence itself before the exclusion of evidence at the trial stage. The procedure to decide whether to be protected by professional confidentiality in the case of a dispute as well as the procedure for exercising the right to refuse seizure were specified in the proposed amendment to the Criminal Procedure Act. This study also suggests grounds for contesting the seizure and search by investigative agencies on the spot, as well as the special provisions of the quasi-appeal that allow the procedures to exclude confidential communication from the search and seizure by the ruling of the court.

Fourth, it could be discussed to determine the admissibility of evidence pursuant to Article 308-2 of the Criminal Act at the trial stage in a case where the right to refuse seizure was not exercised at the seizure spot even though the communication with a lawyer could be protected as confidential. With reference to the relevant foreign regulations, this study proposes an amendment to the Criminal Procedure Act to include a separate provision regarding admissibility in that case.

In criminal proceedings, the seizure of confidential communications between lawyers and clients has been controversial. Of course, this needs to be regulated from the point of view of confidentiality. But in order for the guarantee of confidentiality to be effective, the procedure needs to be designed to block the compulsory seizure and submission of evidence in advance before it is presented as evidence at trial. This study emphasizes that this aspect of procedure assurance is particularly important.

As an alternative to or in parallel with the existing discussions conducted in the context of the amendment of the Attorney-at-Law Act, this study is expected to spark several discussions on the revision of individual laws such as the Criminal Procedure Act to enhance the confidentiality of communication between lawyers and clients. Furthermore, it is expected to be used in the future as a useful reference for the interpretation and operation of related systems.

Key words: Confidentiality of communication between attorney-client, Attorney-client privilege, Protection of professional confidentiality, Korean Attorney-at-Law Act Article 26, Amendment to the Attorney-at-Law Act, Korean Criminal Procedure Act Article 112, Korean Criminal Procedure Act Article 209, Right to Refuse Seizure, Amendment to the Criminal Procedure Act.

..... 제 1 장
서론

제1절 연구의 목적



변호사-의뢰인 간 의사교환의 비밀보장은 미국 등 영미법계 국가와 독일, 프랑스 등 대륙법계 국가에서 그 취지 및 규율체계, 구체적 규율내용의 상이함에 불구하고 어느 정도 공통적으로 승인되어 온 관념이라고 할 수 있다. 이른바 변호사-의뢰인 특권(Attorney-Client Privilege)을 인정하여 온 미국의 경우, 연방대법원은 이 특권이 변호사-의뢰인 간 의사소통에서 신뢰관계를 보장하기 위하여 커먼로가 인정하여 온 가장 오래된 특권이라고 판시하고 있다.¹⁾

그러나 우리 헌법과 법률은 이러한 비밀을 보장받을 일반적인 권리를 명문으로 규정하지 않고 있고, 현행법 해석상 이러한 권리가 보장된다고 보기도 어렵다. 형사소송법이 업무상 비밀보장의 일환으로 변호사 등 직무상 비밀 취급주체에 대한 압수 시에 압수거부권을 규정하고 있으나(형사소송법 제112조, 제219조), 행사주체 및 보호대상이 협소하고 행사절차가 명시되지 않아 그 활용에 제약이 크다. 변호사에 대한 수사기관의 압수수색이 종종 문제되어 왔음에도²⁾ 압수거부권을 행사하여 실제로 이를 다룬 사례는 찾아보기 어렵다.

변호사-의뢰인 간 의사교환의 비밀보장은 주로 사법 또는 행정절차에서 증거수집 등 명목으로 관련 자료의 제출이 강제되는 경우에 문제된다. 독일에서 형사소송법에 직무상 비밀보호의 취지에서 변호사에 대한 압수 등 강제수사에 특별규정이 마련되어 있는 것과 달리, 증거제출을 원칙적으로 당사자의 임의에 맡긴 민사절차에서는 이에 관한 별다른 언급이 없다. 미국에서는 민사상 디스커버리 절차에서 증거제출 강제에 대한 항변으로 변호사-의뢰인 특권이 원용되며, 형사절차에서는 수사기관 및 대배심에 의한

1) *Upjohn Co. v. United States*, 449 U.S. 383, 389 (1981).

2) 법률신문, “검찰, 로펌에 압수수색 영장 ‘충격’”, 2016. 8. 8. 기사(<https://www.lawtimes.co.kr/Legal-News/Legal-News-View?serial=102337>, 2022. 2. 29. 검색); 이데일리, “잇단 로펌 압수수색 논란…檢 ‘증거 확보’ vs 변호사 ‘방어권 침해’”, 2019. 3. 3. 자 기사(https://www.edaily.co.kr/news/realtime/realtime_NewsRead.asp?newsid=01833526622419712, 2021. 12. 17. 검색); 조선일보, “물증 찾는다며… 특하먼 변호사 사무실 터는 검찰”, 2020. 6. 20. 자 기사(https://www.chosun.com/site/data/html_dir/2020/06/20/2020062000182.html, 2021. 12. 17. 검색).

제출 강제에 대항하는 권리이기도 하다.

우리의 경우 2016년 검찰이 수사 중인 사건과 관련하여 변호사를 압수·수색한 것을 계기로 관련 논의가 촉발되었다. 이에 관한 여러 논의를 거쳐 제19대 국회부터 그 해결을 위한 법안이 국회에 제출되기 시작하였다. 특히 제21대 국회에는 변호사-의뢰인 간 의사교환에 대한 일반적 비밀보장 및, 국가의 사법·행정절차 일반에서 그 비밀을 침해하여 수집된 증거 사용의 일반적인 금지를 규정한 변호사법 개정안(조응천 의원 대표발의)이 발의되어 있다.

제19대부터 제21대 국회에 이르기까지 지속적으로 발의된 「변호사법 개정안」은 모두 변호사법 차원의 단일 조문을 통해 이 문제의 해결을 도모하고 있다. 후술하듯 이들 법안은 모두 비밀유지의무에 관한 현 변호사법 제26조에 비밀유지권에 관한 항을 새롭게 추가하고 있고, 비밀유지권의 규율 내용 역시 대동소이하다. 이러한 안들 간의 유사성은 역으로 그간 뚜렷한 변화 없이 논의되어 온 기존 법안들이 공통의 문제점을 내재하고 있을 수 있음을 시사해 주는 대목이기도 하다.

즉 변호사법에 이에 관한 규율을 담는 것의 입법취지 및 체계상 문제점, 민·형사소송 등 개별 절차가 갖는 고유한 특성·법리의 고려에 대한 난점 발생, 비밀유지권 침해에 대한 구제로서 사후적 증거배제가 갖는 미흡성, 그리고 개별 절차에 최적화된, 증거수집 단계에서 강제적인 증거수집에 대항하여 수집 자체를 다투는 사전적 구제절차 논의의 결여 등이 그것이다.

이 연구는 외국 제도의 비교법적 검토를 통해서 기존 개정안이 갖고 있는 이러한 문제들을 자연스럽게 인식하고, 이를 유효적절하게 해소하면서도 우리 법제에 매끄럽게 조화되어 안착, 운용될 수 있는 제도를 고민하여, 그 최종 결과물로서 개정입법안을 안출, 제시하는 것을 주된 목적으로 한다.

이에 이 연구는 위 목적을 위한 기초자료로 변호사-의뢰인 간 의사교환의 비밀보장에 관한 비교법적 연구, 특히 형사절차에서 이러한 비밀보장의 요건, 범위 등 비밀

보장의 실체적 측면 및 침해 시 구제절차에 대한 비교법적 검토를 수행하는 것을 일차적 목표로 한다.

다음으로 비교법적 연구결과를 토대로 현재 우리 제도 및 종래 제시된 개정안이 노정하는 문제점을 명확하게 인식하고, 이에 기초하여 형사절차에서 문제점을 개선할 수 있는 입법안을 제시하는 것을 최종적 목표로 한다.

부수적으로는 관련 입법 이후 제도 정착 시까지 전개될 비밀유지의 요건, 효과 및 예외에 관한 해석론 정립에 활용할 수 있는 비교법적 참고자료를 제공하는 것 역시 이 연구가 도모하는 목적이다.

제2절 연구의 범위와 방법



I. 연구의 범위

이 연구보고서는 다섯 개의 장(chapter)으로 나뉜다. 우선 제1장은 서론이며, 여기에서는 기술한 바와 같이 연구의 목적 및 연구범위와 방법을 설명한다.

제2장은 변호사-의뢰인 간 의사교환의 비밀보장에 관한 우리나라의 논의현황에 대한 것으로, 현행법령과 그 해석 및 관련한 법원의 판결, 그리고 관련 문제에 대한 입법적 해결방안으로 제시된 국회 발의 법안을 소개하였다. 우선 제1절에서는 헌법, 변호사법, 형사소송법 등 차원을 나누어 관련 규정을 검토하고, 특히 이 논의가 해석론이 아닌 입법론 차원에서 전개되는 계기가 되었던 대법원 2012. 5. 17. 선고 2009도6788 전원합의체 판결을 검토함으로써 입법을 통한 문제 해결이 불가피함을 확인하였다.

이어 같은 장 제2절에서는 변호사-의뢰인 간 의사교환의 비밀보장에 관하여 기존에 진행되어 온 입법적 논의들을 검토하였다. 제19대부터 제21대 국회에 제출된 각 「변호사법 일부개정법률안」을 살펴보고, 그 주요 내용 및 특징을 분석하였다.

제3장은 이 연구의 결론에서 기존 법안의 대안으로 형사소송법 개정안을 안출 및 제시하기 위한 기초로서, 주요 외국의 관련 규율에 관하여 비교법적인 검토를 수행하였다. 이에 변호사-의뢰인 간 의사교환에 대한 비밀보장의 규율체계, 요건, 효과 및 구제절차를 중심으로 미국, 영국, 독일, 프랑스, 캐나다, 일본의 제도를 살펴보았다.

특히 이른바 변호사-의뢰인 특권(Attorney-Client Privilege)이 인정되어 온 미국에서는 기밀 의사교환에 대하여 강력한 보호가 제공되고 판례에 의해 세계의 어느 국가보다도 상세한 논의가 축적되어 왔으며, 우리 대법원의 2012. 5. 17. 선고 2009도 6788 판결 역시 이러한 ‘특권’의 인정여부 논의와 관련된 만큼, 미국의 논의로부터 시사점을 제공받기 위하여 특권의 요건, 효과 및 예외 등에 관한 미국 연방 내지 주 법원 판결들을 다수 검토하였다. 만약 제21대 국회에 계류 중인 변호사법 개정안대로 입법될

경우에는 그 기초가 된 미국의 논의가 가장 큰 중요성을 갖게 될 것인바, 그 해석 및 운용 등에 참고자료로 활용될 경우에 대비하여 관련 논의를 풍부하게 소개하였다.

한편 프랑스에서는 종래 변호사법에 직무상 비밀에 관한 일반조항을 두고 형사소송법에 변호사를 대상으로 한 압수에 관한 특별한 규율을 두고 있었는데, 최근 형사소송법 서조에 직무상 비밀에 관한 일반적 보호를 명시하고 변호사를 대상으로 한 압수 절차에서 직무상 비밀에 의한 보호를 강화하는 형사소송법 개정법률이 시행되었다. 이러한 프랑스의 규율은 이 연구의 결론인 형사소송법 개정안에 큰 참고가 되었기에 기존 규율과 함께 개정된 법률의 주요 내용을 소개하였다.

제4장에서는 이를 바탕으로 이 연구의 최종 결론을 도출하였다. 앞선 장의 비교법적 검토와 기존 개정법안에 내재된 문제에 대한 분석을 바탕으로, ‘변호사법 개정안’을 대신하는 새로운 형식의 입법안으로서 「형사소송법 개정안」을 제시하였다. 이 제안이 변호사법 개정안에 편중된 우리 입법논의에 여러 시사점을 줄 것으로 기대한다.

제5장에서는 상기 연구 내용 및 결과를 요약하여 제시하였다.

II. 연구의 방법

본 연구는 주로 문헌연구의 방법에 의하여 수행되었다. 국내문헌으로는 주로 대법원의 2012. 5. 17. 선고 2009도6788 판결 이후 동 판결에 관하여 발표된 평석 및 관련 논문을 참조하였고, 이후 국회에 계류된 각종 개정안 및 관련 입법자료를 참조하였다. 한편 사법정책연구원의 관련 보고서 및 대한변호사협회, 형사정책연구원 등 관련 기관에서 발간된 보고서 등 각종 자료도 참조하였다.

비교법적 연구에 있어서는 외국 문헌을 참조하였다. 미국 연방 및 주 법원의 판결 및 관련한 학계의 연구 논문을 중심으로 살펴보고, 독일, 프랑스, 일본 등의 법령 및 관련 판례와 문헌도 참조하였다.

..... 제 2장

변호사-의뢰인 간 의사교환의
비밀보장에 관한 우리나라의 논의상황

제1절 현행법령 및 판례 검토



우리 현행법상 변호사-의뢰인 간 의사교환의 비밀을 보장하는 실정법의 일반적 근거규정은 마련되어 있지 않다. 다만 변호사법은 비밀유지의무에 관한 규정을 두고 있고, 그 외 형사소송법, 형법 등 개별 법령에 직무상 비밀보호를 위한 일부 조항을 두고 있다. 한편 헌법에 근거하여 이러한 비밀보장에 관한 권리가 인정될 수 있는가가 문제될 수 있다. 이하에서 이에 관하여 검토한다.

I. 관련 법령

1. 형사소송법 및 형법

가. 형사소송법

(1) 압수거부권 및 증언거부권(형사소송법 제112조, 제219조, 제149조)

형사소송법은 법원의 압수에 관한 제112조 및 이를 수사기관 압수에 준용하는 제219조, 그리고 제149조에서 변호사 등의 압수거부권과 증언거부권을 규정하고 있다. 즉 변호사는 업무상 위탁을 받아 소지 또는 보관하는 물건으로서 타인의 비밀에 관한 것은 압수를 거부할 수 있고(형사소송법 제112조),³⁾ 법원의 압수에 관한 이 규정이 수사기관 압수에 준용되고 있다(동법 제219조). 업무상 위탁을 받은 관계로 알게 된 사실로서 타인의 비밀에 관한 것은 공판정에서 증언을 거부할 수 있다(동법 제149조).⁴⁾

3) 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.

4) 형사소송법 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 필요가 있는 때에는 예외로 한다.

(2) 성격: 권리성

이는 권리의 형식으로 규정된 점에서 이하에서 볼 변호사법상 비밀유지의무와 비교된다. 변호사법 제26조에 따른 비밀유지의무가 직업윤리 관점에서 의뢰인에 대하여 인정되는 의무인 것과 달리, 소송법상 증거거부권 등은 증거법적 관점에서 그 성격상 권리의 형식을 취하고 있다고 할 수 있다. 반면 소송법상 증거거부권 등이 변호사에게 부여된 권리가기보다는 여전히 의뢰인의 비밀유지를 위한 의무로 이해된다는 견해⁵⁾도 제시되고 있다.

(3) 특징

형사소송법상 압수거부권 및 증거거부권은 그 명문에 의할 때 권리로서 구성된 것이며 그에 따라 권리성이 인정될 수 있다고 본다. 특히 수사절차에서 인정되는 압수거부권은 재판에 앞서 증거수집단계인 수사절차에서 행사할 수 있는 권리이다.

다만 압수거부권은 변호사 등 직무상 비밀취급 주체에 인정되는 권리이고 의뢰인의 권리는 아니다. 변호사가 위탁관계에 기하여 소지 또는 보관하는 물건에 대해서만 적용되므로 압수 상대방이 변호사에 한정되고 의뢰인이 변호사에게 교부한 것만이 보호되어 보호범위 역시 한정되며, 행사절차 및 효과가 구체적으로 명시되어 있지 않아 모호한 부분이 있다.

나. 형법

(1) 비밀침해죄(형법 제317조)

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 제317조 제1항).⁶⁾

5) 정형근, 변호사법 주석, 피앤씨미디어(2016), 183.

6) **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.

(2) 증언거부권 및 압수거부권과 관계

소송법상 증언거부권 및 압수거부권은 권리일 뿐 의무가 아니므로 사법절차에서 필요에 의해 증언이 요구되거나 영장에 의한 압수가 집행될 경우에는 변호사가 업무상 지득한 비밀에 관한 증언을 하거나 혹은 증거물을 교부하더라도 위법성이 조각되어 비밀누설죄에 해당하지 않는 것으로 설명된다.

2. 변호사법 및 변호사윤리장전

가. 변호사법

(1) 비밀유지의무(변호사법 제26조)

변호사법 제26조는 “변호사 또는 변호사이었던 자는 그 직무상 알게 된 비밀을 누설하여서는 아니 된다. 다만, 법률에 특별한 규정이 있는 경우에는 그러하지 아니하다”고 규정한다. 이는 현행 법령상 변호사-의뢰인 간 의사교환의 비밀유지에 관한 일 반근거 내지 기본 규정이라고 할 수 있다.

(2) 특징

변호사법상 비밀유지의무는 그 명문규정상 변호사에게 인정되는 의무이므로, 이로부터 변호사 또는 의뢰인의 권리성을 도출하기는 어렵다.

나. 변호사윤리장전

(1) 직무상 비밀 등의 누설 및 공개 등 금지(변호사윤리장전 제18조)

상기한 변호사법 제26조에 근거하여 변호사윤리장전 제18조는 “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.”고 규정하고 있다.

동 조는 변호사법 제26조와 달리 누설 또는 공개의 금지대상을 의뢰인의 비밀뿐 아니라 변호사가 직무와 관련하여 의뢰인과 의사교환을 한 내용이나 의뢰인으로부터

제출받은 문서 또는 물건 등에까지 확대하고 있다. 또한 동조 제4항에서는 “제1항 내지 제3항의 경우에 중대한 공익상의 이유가 있거나 의뢰인의 동의가 있는 경우 또는 변호사 자신의 권리를 방어하기 위하여 필요한 경우에는, 최소한의 범위에서 이를 공개할 수 있다”고 규정하여 비밀유지의무의 예외를 정하고 있다.

(2) 그 밖의 규정

변호사윤리장전 제47조는 “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 법무법인으로부터 퇴직한 경우에도 같다”고 규정하여 법무법인 등의 구성원 변호사 등에게 비밀유지의무를 강화하고 있다.

나아가 변호사윤리장전 제41조는 “변호사는 공무를 수행하면서 알게 된 정부기관의 비밀을 업무처리에 이용하지 아니한다”라고 규정하는바, 이 역시 비밀유지의무의 관점에서 이해할 수 있다. 이와 관련하여 변호사 등이 직무상 비밀을 누설한 때에는 형법 제317조에 의해 업무상 비밀누설죄에 해당하여 처벌된다.

(3) 특징

변호사윤리장전의 각 규정 역시 변호사법과 마찬가지로 변호사-의뢰인 간 의사교환의 비밀유지를 의무의 형식으로만 규정하고 있을 뿐이며, 변호사 또는 의뢰인의 권리의 형식으로 규정하고 있지 않다.

3. 헌법의 근거규정성

가. 의의

헌법은 국민 일반의 기본적 권리에 관한 실정법상 최고 규범이다. 만약 의뢰인이 변호사에게 의사교환 한 내용에 대한 비밀 보장의 근거를 헌법에서 구하는 경우에는, 이러한 비밀 보장은 의뢰인이 국가 등을 상대로 주장할 수 있는 ‘헌법적 권리’의 성격을 갖게 된다.

나. 변호사-의뢰인 간 의사교환 비밀보장 관련 헌법 규정

(1) 헌법의 관련 규정

헌법은 변호사-의뢰인 간 의사교환의 비밀유지에 관하여 명시적으로 규율하지 않고 있다. 다만 헌법은 누구든지 체포 또는 구속을 당한 때에는 즉시 변호인의 조력을 받을 권리를 갖는다고 규정하고 있고(헌법 제12조 제4항 본문⁷⁾), 나아가 피고인이 스스로 변호인을 구할 수 없을 때를 대비하여 국선변호인제도를 보장하고 있다(동조 동항 단서).

(2) 변호인의 조력을 받을 권리(헌법 제12조 제4항 본문)

헌법이 보장하는 변호인의 조력을 받을 권리는 변호인의 ‘충분한’ 조력을 받을 권리로서, 신체구속된 피의자·피고인의 변호인의 조력을 받을 권리,⁸⁾ 불구속 피의자·피고인의 변호인의 조력을 받을 권리,⁹⁾ 변호인의 피의자·피고인을 조력할 권리,¹⁰⁾ 변호인이 되려는 자의 피의자·피고인을 조력할 권리¹¹⁾ 등이 헌법적 권리로 인정되어 왔다.¹²⁾ 이러한 관련 규정으로부터 의뢰인이 변호사와 의사교환 한 내용의 비밀을 유지할 헌법적 권리가 도출될 수 있는가가 문제될 수 있다.

다. 헌법적 권리성 인정여부에 관한 판례

(1) 헌법재판소의 태도

헌법재판소가 의뢰인의 변호사와 의사교환 내용에 대한 비밀유지권 또는 관련 특권에 관하여 명시적으로 그 태도를 밝힌 바는 없다. 다만 변호인의 조력을 받을 권리에 대하여 실시한 몇 개 결정에서 그 인정 범위 및 내용에 관하여 언급한 부분이 참고가 될 수 있다.

헌법재판소 1992. 1. 28. 91헌마111 전원재판부 결정은 헌법 제12조 제4항에 근

7) 헌법 제12조 ④ 누구든지 체포 또는 구속을 당한 때에는 즉시 변호인의 조력을 받을 권리를 가진다. 다만, 형사피고인이 스스로 변호인을 구할 수 없을 때에는 법률이 정하는 바에 의하여 국가가 변호인을 붙인다.

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

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

10) 헌법재판소 2004. 6. 15. 선고 2004헌마474 결정; 헌법재판소 2007. 5. 31. 선고 2006헌마503 결정.

11) 헌법재판소 2019. 2. 28. 선고 2015헌마1204 결정.

12) 신동운, 간추린 신형사소송법(제12판), 법문사(2020), 39.

거하여 변호인의 조력을 받을 권리와 접견교통권을 인정하고 있고 헌법재판소 2004. 9. 23. 2000헌마 138 전원재판부 결정은 불구속피의자의 경우에도 변호인의 조력을 받을 권리가 헌법원칙에 의해 인정된다고 한 바 있다.

일부 견해는 위와 같은 결정에 의할 때 적어도 형사사건에 있어서는 헌법의 일반 원칙 또는 헌법 제12조 제4항에 의하여 변호인의 조력을 받을 권리가 인정되고 그로부터 변호인의 접견교통권의 보장이 도출되는 결과 변호사와 의뢰인 간 의사교환의 비밀 유지권이 도출된다고 보기도 한다.¹³⁾

(2) 대법원의 태도

반면에 대법원은 2012. 5. 17. 선고 2009도6788 전원합의체 판결을 통하여, 헌법으로부터 변호사-의뢰인 특권 또는 그러한 차원에서 의사교환의 비밀보장에 관한 권리가 도출되지 않는다고 판시하였다. 이에 관하여는 항을 바꾸어 살펴본다.

II. 대법원 판례의 입장

1. 사실관계

1) 피고인 P는 피고인 S 회사 주택사업본부 ㄱ지역 사업부장으로써 ○○사업소를 포함한 ㄱ지역 공사수주 및 자금집행 관련 업무의 총괄 담당자였고, 피고인 J는 피고인 S 회사 ○○사업소장으로써 ○○지역 공사수주 실무 담당자이며, 피고인 S 회사는 건설 등을 목적으로 하는 법인이다.

2) ○○ 주택재개발정비사업조합 조합장 선거에서 피고인 S 회사에 우호적인 A 후보가 조합장으로 당선되자, 피고인 P, J는 피고인 S 회사가 시공사로 선정되도록 할 목적으로 A가 지급하여야 할 조합장선거 홍보비용에 대해 허위 용역계약 체결 등 방법으로 그 비용을 마련, 지급함으로써 A에게 도급계약 체결 또는 건설공사 수급과 관련하여

13) 서주연 외, 변호사와 의뢰인 간 비밀유지권에 관한 연구(형사정책연구원 연구총서), 한국형사정책연구원(2020), 114 이하.

여 부정한 청탁에 의한 재산상 이익을 공여하고, 피고인 S 회사는 사용인인 피고인 P와 J가 피고인 S 회사의 업무에 관하여 이 같은 위반행위를 하였다는 이유로 각각 건설산업기본법 위반죄로 기소되었다.

3) 피고인 S 회사는 동 회사 내지 그 소속 임직원의 행위 중 공소사실 관련 부분에 관하여 법무법인 B에게 법률자문을 구하였고, 그에 대한 법률의견서를 이메일로 받아 보관하였다. 검사는 압수수색을 통하여 이 법률의견서를 출력한 다음 그 작성 경위 및 기재 내용에 관하여 관련자를 신문하였다. 검찰은 이 법률의견서 및 신문한 검찰 진술조서를 증거로 신청하였다.

4) 이 법률의견서를 작성한 법무법인 B 소속 변호사가 증인으로 출석했으나, 그 내용이 피고인 S 회사로부터 업무상 위탁을 받은 관계로 알게 된 타인의 비밀에 관한 것임을 소명하여 증언을 거부하였다. 또한 위 검찰 진술조서의 원진술자 역시 법정에서 그 증언을 거부하였다.

2. 제1심 및 원심의 판단

가. 제1심: 서울중앙지법 2008. 10. 9. 선고 2007고합877 판결

제1심은 다음과 같은 논거를 들어 법률의견서의 증거능력을 부정하였다.

대법원은 형사소송법상 명문의 규정이 없음에도 불구하고 구금된 피의자에 대하여 변호인이 피의자신문 참여를 요구할 권리가 있음을 인정한바 있다(대법원 2003. 11. 11자 2003모402 결정). 나아가 헌법재판소도 불구속 피의자에 대하여 변호인이 피의자신문 참여를 요구할 권리가 있음을 인정한바 있다(헌법재판소 2004. 9. 23. 선고 2003헌바 138 결정).

변호인과 의뢰인 사이의 의사교환은 비밀로 유지할 필요가 있다. 의뢰인이 범죄를 구성할 수 있는 자신의 행위에 대하여 형사소추의 위협에 대비하고 강제수사에 대항한다는 측면에서 변호인의 조력을 충분히 받기 위해서는 변호인과 사이에 비밀보장이라는 신뢰가 전제되어야 한다.

현행법상 변호인과 의뢰인 사이의 비밀유지와 관련된 규정들이 있기는 하지만(형법 제317조 제1항, 형사소송법 제112조, 제149조 등) 의뢰인이 자신의 의사에 반하여 비밀이 누설되지 않도록 방지하기에는 부족하다. 따라서 영미법계 국가에서 판례 및 법령상 인정되고 있는 Attorney-Client Privilege를 인정할 필요가 있다. 이는 변호인과 의뢰인 사이에서 의뢰인이 법률자문을 받을 목적으로 비밀리에 행한 의사교환에 대하여 의뢰인이 공개를 거부할 수 있는 특권을 말한다.

앞서 본 판례의 취지, 현행법상 변호인과 의뢰인 사이의 비밀유지에 관한 각 규정의 취지 및 한계 등을 고려하면, 비록 형사소송법 등에서 구체적으로 규정되고 있지는 않지만 현법 제12조 제4항에 의하여 인정되는 변호인의 조력을 받을 권리 중 하나로서, 피의자 또는 피고인에 대하여 변호인-의뢰인 특권을 인정할 수 있다.

이 법률의견서는 법정에서 작성자인 B법무법인 소속 변호사에 의하여 성립의 진정이 인정되지 않은 이상 증거능력이 없다. 나아가 의뢰인인 피고인 S회사가 이 법률의견서에 대한 압수를 허락한바 없고 증거로 사용함에 동의한바 없는 이상, 가사 작성자인 변호사가 그 성립의 진정을 인정한다고 하더라도 그 압수절차의 위법 여부와 관계없이 변호인-의뢰인 특권에 의하여 이 법률의견서는 의뢰인 S회사 및 의뢰인 측에 포함된다 고 볼 수 있는 P, J에 대하여 그 범죄사실을 인정할 증거로 사용될 수 없다.

나. 원심: 서울고등법원 2009. 6. 26. 선고 2008노2778 판결

검사는 제1심이 현행법상 명문의 규정이 없음에도 피고인들에게 변호인-의뢰인 특권이 인정됨을 전제로 판시한 것은, 압수에 관한 제한 규정인 형사소송법 제110조에서 제112조, 증언거부에 관한 같은 법 제149조 등의 법리를 오해하여 변호인의 변호권의 범위를 과대하게 인정하고 그 결과 심리를 다하지 않은 위법을 범한 것이라고 주장하면서 제1심판결에 대하여 불복, 항소하였다.

이에 대하여 원심은 제1심의 실시 내용을 원용한 다음, 제1심이 변호인과 의뢰인 간 의사교환의 비밀유지에 대한 특권을 인정하고 이를 근거로 이 법률의견서의 증거능력을 부인한 조치는 타당하다고 판시하여 이 부분 항소를 기각하였다.

3. 대법원의 판단: 대법원 2012. 5. 17. 선고 2009도6788 전원합의체 판결

대법원은 변호인의 증거거부가 형사소송법 제314조의 ‘기타 사유로 진술할 수 없는 때’라고 볼 수 없으므로 원심이 이 사건 법률의견서의 증거능력을 부정하여 이를 증거로 채택하지 않은 것이 결론적으로 정당하다고 보면서,¹⁴⁾ 아래와 같이 판시하여 이른바 변호사-의뢰인 특권 주장을 배척하였다.

“헌법 제12조 제4항 본문은 “누구든지 체포 또는 구속을 당한 때에는 즉시 변호인의 조력을 받을 권리를 가진다.”라고 규정하고 있고, 이와 관련하여 형사소송법 제34조는

14) 대법원은 12대 1로 견해가 나뉘었으며, 형사소송법 제314조 적용과 관련하여 다수의견은 변호인의 증거거부를 다음과 같은 논거로 동 조의 ‘기타 사유로 진술할 수 없는 때’로 볼 수 없다고 판단하였다. 다수의견은 아래와 같이 설시하고 있다.

1) 형사소송법 제314조는 “제312조 또는 제313조의 경우에 공판준비 또는 공판기일에 진술을 요하는 자가 사망·질병·외국거주·소재불명, 그 밖에 이에 준하는 사유로 인하여 진술할 수 없는 때에는 그 조서 및 그 밖의 서류를 증거로 할 수 있다. 다만 그 진술 또는 작성이 특히 신빙할 수 있는 상태 하에서 행하여졌음이 증명된 때에 한한다.”라고 정함으로써, 원진술자 등의 진술에 의하여 진정성립이 증명되지 아니하는 전문증거에 대하여 예외적으로 증거능력이 인정될 수 있는 사유로 ‘사망·질병·외국거주·소재불명, 그 밖에 이에 준하는 사유로 인하여 진술할 수 없는 때’를 들고 있다. 위 증거능력에 대한 예외사유로 1995. 12. 29. 법률 제5054호로 개정되기 전의 구 형사소송법 제314조가 ‘사망, 질병 기타 사유로 인하여 진술할 수 없는 때’, 2007. 6. 1. 법률 제8496호로 개정되기 전의 구 형사소송법 제314조가 ‘사망, 질병, 외국거주 기타 사유로 인하여 진술할 수 없는 때’라고 각 규정한 것에 비하여 현행 형사소송법은 그 예외사유의 범위를 더욱 엄격하게 제한하고 있는데, 이는 직접심리주의와 공판중심주의의 요소를 강화하려는 취지가 반영된 것이다.

2) 한편 형사소송법은 누구든지 자기 또는 친족 등이 형사소추 또는 공소제기를 당하거나 유죄판결을 받을 사실이 발로될 염려가 있는 증인을 거부할 수 있도록 하고(제148조), 또한 변호사, 변리사, 공증인, 공인회계사, 세무사, 대서업자, 의사, 한의사, 치과의사, 약사, 약종상, 조산사, 간호사, 종교의 직에 있는 자 또는 이러한 직에 있던 사람은 그 업무상 위탁을 받은 관계로 알게 된 사실로서 타인의 비밀에 관한 것은 증언을 거부할 수 있도록 규정하여(제149조 본문), 증인에게 일정한 사유가 있는 경우 증언을 거부할 수 있는 권리를 보장하고 있다.

3) 위와 같은 현행 형사소송법 제314조의 문언과 개정 취지, 증거거부권 관련 규정의 내용 등에 비추어 보면, 법정에 출석한 증인이 형사소송법 제148조, 제149조 등에서 정한 바에 따라 정당하게 증거거부권을 행사하여 증언을 거부한 경우는 형사소송법 제314조의 ‘그 밖에 이에 준하는 사유로 인하여 진술할 수 없는 때’에 해당하지 아니한다고 할 것이다.

이에 대해서는, 다수의견이 변호인-의뢰인 특권을 내세워 이 사건 법률의견서의 증거능력을 배척한 원심의 설시내용이 적절하지 아니하다고 지적한 것은 타당하나, 요증사실을 체험한 내용과 관계없이 단지 자기의 의견을 표명하는 것에 불과한 서면은 형사소송법 제313조 제1항의 전문증거라고 볼 수 없어 전문증거법칙에 의하여 그 증거능력을 제한할 수 없다고 할 것인데, 이 사건 법률의견서는 범무법인 B 소속 변호사가 밝힌 법적 의견을 그 내용으로 하는 서면에 불과하여 전문증거가 아님에도 이를 전문증거로 보고 그 증거능력을 제한하는 것은 타당하다고 할 수 없으며, 설령 이 사건 법률의견서가 형사소송법 제313조 제1항의 전문증거에 해당한다고 보더라도, 같은 법 제314조의 ‘그 밖에 이에 준하는 사유로 인하여 진술할 수 없는 때’에는 그 서류의 작성자 또는 원진술자가 법정에 출석하여 증거거부권을 행사한 경우도 포함된다는 안대희 대법관의 반대의견이 개진되었다.

변호인 또는 변호인이 되려는 사람에 대하여 신체구속을 당한 피고인 또는 피의자와 제한 없이 접견하고 서류 또는 물건을 수수할 수 있도록 허용하고 있다. 한편 형사소송법은 변호사 등이 그 업무상 위탁을 받아 소지 또는 보관하는 물건으로 타인의 비밀에 관한 것은 압수를 거부할 수 있고(제112조 본문, 제219조), 그 업무상 위탁을 받은 관계로 알게 된 사실로서 타인의 비밀에 관한 것은 증언을 거부할 수 있도록 규정하여(제149조 본문), 변호사와 의뢰인 사이의 법률자문 또는 법률상담의 비밀을 일정한 범위에서 보호하고 있다. 위와 같은 변호인의 조력을 받을 권리, 변호사와 의뢰인 사이의 비밀보호 범위 등에 관한 헌법과 형사소송법 규정의 내용과 취지 등에 비추어 볼 때, 아직 수사나 공판 등 수사절차가 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 견해를 받아들일 수 없다고 하겠다. 원심이 이 사건 법률외견서의 증거능력을 부정하는 이유를 설시함에 있어 위와 같은 이른바 변호인-의뢰인 특권을 근거로 내세운 것은 적절하다고 할 수 없다.”

III. 검토

1. 헌법적 권리성에 관하여

헌법 제12조 제4항 본문은 “누구든지 체포 또는 구속을 당한 때에는 즉시 변호인의 조력을 받을 권리를 가진다.”라고 규정하고 있다. 한편 헌법 제12조 제1항 제2문은 “누구든지 법률에 의하지 아니하고는 체포·구속·압수·수색 또는 심문을 받지 아니하며, 법률과 적법한 절차에 의하지 아니하고는 처벌·보안처분 또는 강제노역을 받지 아니한다.”라고 규정하여, 적법절차원칙을 규정하고 있다.

이와 같은 헌법 규정의 내용과 취지, 특히 헌법 제12조 제4항 본문이 ‘체포 또는 구속을 당한 때’라고 규정하여 수사절차의 개시를 전제하고 있는 것에 비춰보면, 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 특권이 헌법 규정으로 곧바로 구체적으로 도출될 수 있다고 보기는 어렵다고 할 것이다.

특히 헌법 제12조 제4항에 속한다고 보이는 모든 구체적 권리를 곧바로 실정법상 권리로 인정함에는 무리가 있고, 어떤 것은 해석에 의하여 구체적 권리로 인정될 수도 있겠으나 어떤 것은 입법작용을 기다릴 필요가 있는 것인바,¹⁵⁾ 위와 같은 헌법규정상의 한정에 비추면 변호사-의뢰인 간 의사교환의 비밀보장은 이들 중 후자로 보는 것이 보다 타당하다고 본다. 외국의 규율을 보더라도 미국에서 변호사-의뢰인 특권을 커먼로에 근거한 권리로 보아 헌법적 권리성이 일반적으로 부정되고 있고, 프랑스 헌법 위원회(Conseil Constitutionnel) 역시 결정으로 프랑스 헌법 상 변호사-의뢰인 간 의사교환 내용에 대한 직업비밀 보장이 헌법적 권리가 아님을 확인하고 있으며¹⁶⁾ 일본 법원 또한 같은 취지의 판결이 있는 것¹⁷⁾에서 나타나듯, 이를 헌법적 권리로 인정하지 않는 것이 비교법적으로 이례적인 결론으로 보이지도 않는다.

2. 다른 실정법상 규정들에 관하여

앞서 보았듯 변호사법 제26조의 비밀유지의무 규정은 현행법상 변호사-의뢰인 간 의사교환의 비밀유지에 관한 가장 일반적인 근거 조항이다. 한편 형사절차와 관련하여 형사소송법 제112조 및 제219조, 제149조는 변호사가 업무상 비밀과 관련하여 그 업무상 위탁을 받아 소지·보관하는 물건에 대한 압수거부권과 타인의 비밀에 관한 것에 대한 증언거부권을 행사할 수 있도록 규정한다.

그러나 변호사법상 비밀유지의무는 변호사에게 인정되는 의무에 불과할 뿐이며, 이에 근거하여 변호사 또는 더 나아가 의뢰인에게 비밀유지에 관한 권리를 인정할 수 없음은 물론이다. 변호사윤리장전의 규정 또한 같다.

15) 김우진, “변호인 작성의 법률의견서의 증거능력”, 형사판례연구[21], 한국형사판례연구회, 박영사(2012), 500.

16) Cons. const. 24 juill. 2015, n° 2015-478 QPC, French Data Network (Assoc.) et autres.

17) 제3장 제6절 III. 2. 참조.

한편 형사소송법상 압수거부권의 경우 의뢰인의 입장에서 보면 변호사가 작성·교부하여 의뢰인이 소지·보관하는 것에 대해서는 압수거부권을 행사할 수 없고, 변호사가 직접 작성하여 소지한 것 역시 그러하여 보호대상에 제약이 있으며, 수사기관에 대한 압수거부권 행사절차가 불명확할 뿐 아니라, 이를 행사하였음에도 압수가 강행되는 경우에 압수를 다투는 방법과 절차 역시 명확하지 않은 상태이기 때문에, 권리성이 인정되더라도 이를 실효적으로 보장받기 어려운 것이 사실이다. 압수거부권이 충분히 보장되지 않는 상태에서 증언거부권만으로는 직무상 비밀유지권을 실질적으로 보장받기 어렵다.

결국 현행 법제의 관련 규정들을 통해서는 변호사와 의뢰인 간 비밀유지를 보장받는 데에 다소 한계가 있다고 본다. 관련하여 압수·수색절차에서 변호사가 거부권을 행사하거나 수사과정에서 비밀유지의무를 주장하기가 쉽지 않다는 변호사들의 인식이 보이기도 한다.¹⁸⁾

설령 형사소송법상 압수거부권 또는 증언거부권 규정의 유연한 해석을 통하여 의뢰인과 변호사 간 의사교환의 비밀에 대한 보호가 현재보다 좀 더 넓게 고려될 여지가 있다고 하더라도, 미국법상 변호사-의뢰인 특권이나, 또는 프랑스 형사소송법상 수사기관의 압수집행 과정에서 직무상 비밀보호 사항에 대한 압수집행에 이의하고 즉시 법원의 판단을 받아 보호되지 않는 대상물만을 수사기관이 압수하게 하는 압수절차 규율 등에 비교할 때, 우리 현행 법제에서 그 해석을 통한 보호에는 한계가 있어 보인다. 결국 우리 법제에서 이 문제의 근본적 해결을 위해서는 입법이 필요하다고 본다.

이에 국회에서는 이 문제를 해결하고자 이미 ‘변호사법 개정안’의 차원에서 입법적 논의가 진행되어 왔다. 이하에서는 우리 법제 하에서 이러한 비밀보장에 관한 상술한 검토 내용을 전제로, 기존에 제19대부터 현 제21대 국회에 이르기까지 국회에 제출된 의원발의 법안에 대하여 살펴본다.

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

제2절 국회 입법안 검토



I. 19대 및 20대 국회: 변호사법 일부개정법률안

1. 노철래 의원 대표발의안

현행	노철래 의원 대표발의안
<p>제26조(비밀유지의무 등) 변호사 또는 변호사이었던 자는 그 직무상 알게 된 비밀을 누설하여서는 아니 된다. 다만, 법률에 특별한 규정이 있는 경우에는 그러하지 아니하다.</p>	<p>제26조(비밀유지의무 및 의뢰인의 권익보호)</p> <p>① ----- ----- -----.</p> <p>〈단서 삭제〉</p> <p>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.</p>

제19대 국회에서 노철래 의원은 2013년 11월 29일 의안번호 제8201호로 「변호사법 일부개정법률안」을 대표발의하였으나, 2016년 5월 29일 제19대 국회 임기만료로 폐기되었다. 동 안은 비밀유지의무를 규정한 현행 변호사법 제26조의 본문과 단서를 안 제1항으로 하고, 비밀유지권에 관한 규정을 제2항에 신설하였다.

이 안은 누구든지 의뢰인과 변호사 간의 의사교환 내용, 변호사가 의뢰인을 위해 작성한 자료 등에 대해서 의뢰인의 의사에 반하여 공개하거나 개시할 것을 요구할 수 없도록 하면서(제26조 제2항 본문) 중대한 공익상의 필요가 있는 경우, 법률에 특별한 규정이 있는 경우에 예외를 인정하고 있다(제26조 제2항 단서). ‘중대한 공익상의 필요’는 후술할 조응천 의원 대표발의안에서 다시 예외사유로 채택되고 있다.

2. 나경원 의원 대표발의안

현행	나경원 의원 대표발의안
<p>제26조(비밀유지의무 등) 변호사 또는 변호사이었던 자는 그 직무상 알게 된 비밀을 누설하여서는 아니 된다. 다만, 법률에 특별한 규정이 있는 경우에는 그러하지 아니하다.</p>	<p>제26조(비밀유지의무 및 의뢰인의 권익보호)</p> <p>① ----- ----- -----.</p> <p><단서 삭제></p> <p>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.</p>

제20대 국회에서 나경원 의원은 변호사와 의뢰인 간 의사교환 내용 등에 대한 보호 강화를 위해서 2017년 9월 29일 의안번호 제9774호로 「변호사법 일부개정법률안」을 대표발의하였다. 이 역시 현행 변호사법 제26조 본문과 단서를 동조 제1항으로 하고, 제2항에 비밀유지권을 규정하는 방식을 취하였다. 그러나 동 안은 2020년 5월 29일 제20대 국회 임기만료로 폐기되었다.

동 안은 누구든지 변호사와 의뢰인 간 비밀리에 이루어진 의사교환 내용 또는 변호사가 의뢰인을 위해 작성한 법률자문 등 자료에 대해서 공개를 요구하거나 증거로 사용할 수 없다고 규정하였다(제26조 제2항 본문). 형사절차와 무관한 일상적 생활관계에서 이루어진 법률상담 및 자문내용도 압수나 공개를 거부할 수 있도록 함으로써 그 보호범위의 확대를 도모한 것이라고 한다.¹⁹⁾ 그러나 예외적으로 의뢰인의 승낙이 있는 경우, 법률에 특별한 규정이 있는 경우 비밀공개가 가능하도록 하고 있다(제26조 제2항 단서).

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

3. 유기준 의원 대표발의안

현행	유기준 의원 대표발의 (20대) (2018. 1. 30.)
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) ① ----- ----- -----. 〈단서 삭제〉 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.

유기준 의원 또한 변호사와 의뢰인 간 의사교환 내용 등에 대한 비밀보호 강화를 위해서 2018년 1월 30일 의안번호 제11628호로 「변호사법 일부개정법률안」을 대표발의 하였다. 이 역시 현행 변호사법 제26조 본문과 단서를 동조 제1항으로 하고, 제2항에 비밀유지권을 규정하는 방식을 취하였다. 그러나 동 안은 2020년 5월 29일 제20대 국회 임기만료로 폐기되었다.

앞선 안들과 비교하여 비밀유지의 대상이 법률자문을 목적으로 비밀리에 이루어진 의사교환의 내용만으로 제한되어 있는 것이 특징이다. 이에 따르면, 변호사와 의뢰인 간의 의사교환 중에서도 법률자문을 목적으로 하였을 것, 비밀리에 이루어졌을 것이라는 요건을 갖추었을 때에 한정하여 비밀유지권이 인정될 수 있다.

예외사유로서 의뢰인의 승낙이 있는 경우, 법률에 특별한 규정이 있는 경우에 예외적으로 비밀공개가 가능하도록 하고 있음은 동일하며, 다만 나경원 의원안과 달리 유기준 의원안은 이를 단서가 아닌 본문에서 규정하고 있다.

II. 21대 국회: 조응천 의원 대표발의안

현행	조응천 의원 대표발의 (21대) (2020. 6. 19.)
<p>제26조(비밀유지의무 등) 변호사 또는 변호사이었던 자는 그 직무상 알게 된 비밀을 누설하여서는 아니 된다. 다만, 법률에 특별한 규정이 있는 경우에는 그러하지 아니하다.</p> <p>제113조(벌칙)</p> <p>-----</p>	<p>제26조(비밀유지의무 및 의뢰인의 권익보호)</p> <p>① ----- ----- -----.</p> <p>〈단서 삭제〉</p> <p>② 누구든지 다음 각 호의 사항에 대하여 공개, 제출 또는 열람할 것을 요구하여서는 아니 된다.</p> <ol style="list-style-type: none"> 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 <p>③ 제1항 및 제2항에도 불구하고 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 제1항 또는 제2항을 적용하지 아니한다.</p> <ol style="list-style-type: none"> 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 <p>④ 제1항 또는 제2항을 위반하여 수집한 증거는 재판 또는 행정절차, 그 밖에 이에 준하는 절차에서 증거로 할 수 없다.</p> <p><u>3의2. 제26조제3항제1호의 승낙을 강요한 자</u></p>

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 대표발의하였다. 각 안의 내용은 동일하나 의안번호 제22526호의 경우 2020년 5월 29일 제20대 국회 임기만료로 폐기되었으며, 의안번호 제679호의 경우 2022년 2월 현재 법제사법위원회 심사 중에 있다.

이 안은 누구든지 직무와 관련하여 변호사와 의뢰인 간 비밀리에 이루어진 의사 교환 내용, 변호사가 의뢰인으로부터 제출받은 서류나 자료 또는 물건, 변호사가 수입 받은 사건과 관련하여 작성한 서류나 자료에 대해 공개, 제출 또는 열람할 것을 요구할 수 없도록 하고 있다(제26조 제2항 제1호 내지 제3호). 이를 위반하여 수집한 증거는 재판절차뿐만 아니라 행정절차, 그밖에 이에 준하는 절차에 있어 증거로 할 수 없다고 규정하였다(제26조 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(제26조 제3항 제1호 내지 제3호). 이는 변호사윤리장전 제18조와 유사하다. 이때 의뢰인의 승낙을 강요한 자에 대해서 1년 이하의 징역 또는 1천만 원 이하의 벌금에 처하는 벌칙규정에 추가하였다(제113조 제3의2).

앞선 노철래, 나경원, 유기준 의원 대표발의안과 달리 제2항 내지 제4항을 신설하여 각각 비밀유지의 주체 및 대상(제2항), 적용 예외(제3항), 적용 방식(제4항)을 비교적 상세히 규정하고 있다.²⁰⁾

20) 2022년 제21대 국회에 제출된 황운하 의원 대표발의안 역시 변호사법 제26조의 개정을 내용으로 하고 있다. 본고 발간결정 이후 발의된 법안이어서 여기에는 그 구체적인 내용을 소개하지 않는다.

III. 요약 및 평가

1. 요약

가. 법안의 형식 및 수범자

(1) 법안의 형식

조용천 의원 대표발의안을 비롯한 의원안들은 공통적으로 「변호사법 일부개정법률안」의 형식을 취하고 있다. 또한 변호사법 제26조의 비밀유지의무 조항에 별항을 추가하여 비밀유지의 권리에 관한 항을 두는 형식을 취하고 있다.

(2) 수범자 및 권리주체

누구든지 변호사와 의뢰인 간 의사교환의 내용 등에 대해서 공개 등을 요구할 수 없다고 하고 있다. 앞서 현행법상 비밀유지의무를 규정한 법령들이 그 수범자를 변호사에 한정된 것과 달리 개정안은 수범자를 모든 사람으로 확대하고 있고, 변호사는 물론 의뢰인도 의사교환의 공개를 거부할 수 있도록 하고 있다.

나. 보호대상

(1) 일반론

의원안들은 대체로 변호사와 의뢰인 간 비밀리에 이루어진 의사교환 내용, 의뢰인으로부터 제출받은 서류나 자료 또는 물건, 변호사가 작성한 서류나 자료를 보호대상으로 명시하고 있다. 서류나 자료의 경우 전자적 형태로 작성·관리되는 것을 포함한다.

(2) 구체적 검토

상술한 안들은 모두 변호사-의뢰인 간 의사교환에 대하여 의사교환의 방향을 불문하고 보호하고 있다. 그러나 보호대상에 관한 구체적 표현은 각 의원안마다 약간씩 다르다. 조용천 의원 대표발의안은 그 직무관련성을 명시하거나 수임 여부를 따져 적용범위를 제한하고 있다. 한편 유기준 의원 대표발의안은 변호사와 의뢰인 간의 의사교환 중에서도 비밀리에 법률자문을 목적으로 하였을 것이라는 표현을 부가하고 있다.

다. 효과 및 범위

(1) 효과

비밀유지의 내용에 관하여, 위 안들은 대체로 공개, 제출, 열람 등을 요구할 수 없도록 규정하고 있다. 그 침해의 구제에 관하여 조응천 의원 대표발의안은 이를 침해하여 수집된 증거를 증거로 할 수 없도록 규정하고 있다. 규정형식은 약간 다르지만 나경원 의원 대표발의안 역시 같은 취지로 볼 수 있다.

(2) 적용범위

이에 관하여 다른 안에 명시적 규정이 없는 반면, 조응천 의원 대표발의안은 “재판 또는 행정절차, 그 밖에 이에 준하는 절차”로 규정하여 민·형사 등 사법절차는 물론 행정절차에서도 변호사와 의뢰인 간 비밀유지권이 널리 인정될 수 있도록 명시하고 있다. “그 밖에 이에 준하는 절차”는 소송 외의 분쟁해결제도(Alternative Dispute Resolution: ADR), 즉 화해, 알선, 조정, 중재 등을 의미하는 것으로 보인다.

라. 비밀보호의 예외 등

(1) 효과

의원안들은 공통하여 의뢰인의 승낙을 예외사유로 채택하고 있다. 그 외 노철래 의원 대표발의안은 위 안들 중 가장 먼저 중대한 공익상 필요를 예외사유로 명시하였다. 조응천 의원 대표발의안은 변호사가 의뢰인과의 분쟁에서 자신의 권리를 실현하거나 방어하기 위하여 필요한 경우, 중대한 공익상 필요가 있는 경우를 예외사유로 들면서, 중대한 공익상 필요에 대하여는 그 예시로서 “의뢰인이 범죄를 범할 목적으로 법적 자문을 받은 경우 등”을 명시하여 예시적 입법을 행하고 있다.

(2) 벌칙규정

조응천 의원 대표발의안은 앞선 의원안과 달리 의뢰인에게 공개 등을 승낙할 것을 강요한 자를 1년 이하의 징역 또는 1천만 원 이하의 벌금에 처하는 벌칙규정을 추가하였다.

2. 평가

상술한 개정안에 대해서는 대체로 이하와 같은 평가가 가능하다. 이 문제의 입법적 해결에 고려되어야 할 사항과 구체적인 대안에 대해서는, 다음 장에서 각국의 제도를 검토한 후 이에 기초하여 결론 부분인 입법안 제시에서 보다 구체적으로 언급하고자 한다.

가. 입법형식 및 취지에 따른 한계

(1) 변호사법에 의한 규율의 한계

변호사법은 변호사를 대상으로 그 권리의무 등 지위와 직업윤리, 행정규제에 관한 사항을 규율하는 데 주된 취지가 있다. 따라서 변호사법 개정안 형태로 비밀유지권을 규정할 경우 그 보장에 필요한 구체적인 규율들, 예컨대 비밀이 침해된 경우의 증거배제나 그 외의 구제절차 등 관련한 세부 사항을 함께 규율하기에는 변호사법의 입법취지라는 측면에서 볼 때에 적지 않은 의문이 있을 수 있다.

(2) 주요 외국과의 비교

비교법적으로 미국에서는 연방법상 변호사-의뢰인 특권이 연방증거규칙에 규정되어 있고, 그 논의는 기본적으로 증거법원리 차원에서 출발한다. 독일과 프랑스의 경우에도 우리 변호사법과 유사한 법령에서 직무상 비밀에 관한 일반적 규율을 마련한 것과 별도로 의뢰인과 변호사 간 의사교환의 비밀보장에 관한 내용을 개별 소송법에서 규정하고 있고, 특히 수사기관의 압수나 그 밖의 강제수사 등 강제적 증거수집에 대하여 형사소송법에 특별한 규정을 마련하고 있다.

최근 프랑스에서는 종래 형사소송법상 수사기관의 압수수색과정에서 변호사 등의 직무상 비밀보호를 위하여 마련되어 있던 기존 규율보다 그 보호를 더욱 강화한 형사소송법 개정법률이 입법, 시행되었는바, 그 주요 내용의 하나로서 변호사법상 직업비밀 보호에 관한 기본규정에 더하여 형사소송법에서 같은 내용을 서조(序條: Article préliminaire)에 다시 규정함으로써 형사절차에서 규범력을 강화하고자 하였다. 이는 변호사법 개정안 형태로 진행되는 우리의 개선입법 논의에 시사하는 점이 있다.

(3) 개별법 및 소송 분야의 특성 및 법리에 관한 고려 미흡

변호사-의뢰인 의사교환의 비밀유지권을 인정하더라도 그것이 개별 절차에서 행사되는 절차는 개별 법분야의 특성에 따라 크게 다를 수 있다. 이는 자료제출이 강제되는가, 어떠한 증거법칙에 의해 판단되는가 등 여러 가지 면에서 검토될 수 있다.

우선 변호사-의뢰인 의사교환의 비밀침해는 비밀이 담긴 자료 제출 및 공개가 강제되는 국면에서 발생하는바, 예컨대 형사상 압수절차에서는 대상 물건 제출이 강제되므로 전형적으로 비밀 침해의 문제가 발생할 수 있다. 반면 우리 민사절차에서 증거 제출은 원칙적으로 당사자 임의에 맡겨 있기 때문에, 추후 디스커버리 제도의 본격적 도입 등 변화가 있지 않은 한 상대적으로 비밀유지권의 중요도는 낮다. 민사절차에서도 특권법이 고도로 발전한 법제는 디스커버리에 의한 제출강제가 있는 미국 등 영미법계 국가이다.

다음으로 비밀침해의 주요한 효과가 증거법적 측면인 이상, 이를 개별 소송법상 증거법칙과 별도로 논의하는 것은 의미가 크지 않다. 예컨대 우리 민사절차와 형사절차에서 위법수집증거가 갖는 증거법적 의미는 다르기 때문에, 이러한 특성에 대한 고려 없이 단일 법령에 의하여 일률적으로 증거법적 효과를 규정한다면 자칫 그러한 규율이 개별 절차와 조화되지 못할 우려가 있다.

나. 비밀유지권의 보호범위 및 예외설정상 문제

(1) 보호범위의 설정

보호요건의 설정에 관하여 상술한 개정안은 거의 모두 보호요건을 최대한 넓히려는 입장에서 서 있다. 하지만 이 권리가 헌법적 권리가 아닌 이상 다른 법령상 보호되는 권리 또는 이익보다 언제나 우선한다고 보기는 어렵고, 상충될 여지 있는 타법상의 이익 등에 대한 적절한 형량이 고려될 여지가 있다.

(2) 예외요건의 설정

한편 예외요건 설정에 관하여도, 예외를 인정할 수 있는 의뢰인과 변호사 행위의 범위, 예외 판단을 위한 절차, 입증책임 및 정도 등에 관한 충분한 논의가 개정안에 반영될 필요가 있다.

다. 조기, 적시 권리구제에 대한 문제의식의 부재

(1) 권리침해 시 구제에 대한 논의 미비

의원안들은 공통적으로 변호사-의뢰인 간 의사교환의 비밀보장에 권리성을 인정하려는 점에 초점을 맞추고 있다. 그러나 그 침해 시 어떻게 구제할 것인가에 대해서는 상대적으로 소홀한 것으로 보인다.

(2) 사전적 권리구제의 중요성

조응천 의원 대표발의안은 증거사용 배제를 구제수단으로 명시하고 있다. 그러나 증거사용 배제는 비밀침해에 대한 최후의 구제수단에 불과하다. 비밀에 대한 침해는 그 특성상 불가역적이며 공개된 정식 재판절차에 기밀 의사교환 내용이 증거로 제출되는 것 자체로 회복할 수 없는 기밀침해가 발생할 우려가 크기에 그에 앞선 단계에서 증거제출 자체에 대한 차단 등으로 사전적 구제를 도모할 필요가 있다. 비교법적 관점에서 기존 의원안들은 형사절차에서 수사기관의 압수 단계에서 압수 자체를 즉시 다투어 비밀로 보호되지 않는 목적물만을 압수하게 할 수 있는 제도를 마련한 주요 각국의 입법례와 적지 않은 간극이 있다.

라. 구체적인 권리구제 절차 마련의 필요성

(1) 비밀공개를 최소화하는 구제절차 설계

상술한 다.에서 보았듯 조기, 적시에 비밀침해를 구제받을 수 있도록 하기 위해서는 이를 가능하게 하는 구체적인 구제절차의 설계에 관하여 논의될 필요가 있다. 이러한 절차는 절차의 각 단계에서 적시에 침해된 권리를 구제받을 수 있도록 하는 것이어야 하고, 또한 절차 자체에서 기밀이 누설될 가능성을 차단하거나 최소화할 수 있는 것이어야 한다.

(2) 개별 절차의 법리와 특성 고려

비밀침해를 조기, 적시에 구제받을 수 있게 하면서도 비밀사항의 공개를 최소화하는 구제절차는 개별 분야별 소송절차마다 각 절차 및 이를 규율하는 각 소송법 고유의 법리와 특성을 고려하여 다르게 설계될 수 있으므로, 형사소송법 등 개별 법령 차원에서 논의를 전개하는 것이 구체적이면서 실질적인 입법방안 마련에 적절할 것으로 본다.

이하에서는 변호사-의뢰인 간 의사교환의 비밀보장에 관한 각국의 규율을 비교법적으로 검토한 후, 그러한 검토의 결과를 바탕으로 앞선 의원발의 법안들이 갖는 상술한 문제점들의 해결을 도모하기 위한 구체적 입법방안을 안출하여 보기로 한다.

..... 제 3장

변호사-의뢰인 간 의사교환의
비밀보장에 관한 비교법적 검토

제1절 미국의 변호사-의뢰인 특권



I. 서설

1. 의의

가. 변호사-의뢰인 특권의 정의

(1) 변호사-의뢰인 특권(Attorney-Client Privilege)

변호사에게 법률 자문을 받음에 있어서는 그에게 일정한 정보를 요구하거나 또는 그로부터 정보를 받는 의사교환 활동이 있기 마련이다. 미국에서는 이러한 의사교환의 과정에서 이른바 변호사-의뢰인 특권(Attorney-Client Privilege: ACP 또는 Legal Professional Privilege: LLP)이 인정되고 있다. 이것은 미국에서 “시민대중이 모든 사람의 증거에 권리를 갖는다(the public has a right to every man's evidence)”는 확고한 원칙²¹⁾에 대하여 정책적 필요에서 인정되는 강력한 예외이다.

(2) 특권의 세 가지 정의

연방증거규칙 제501조는 증언거부에 관한 증인의 특권 일반을 규정하고, 제502조에서 변호인-의뢰인 특권을 규정하고 있지만, 그 정의나 내용이 규정에 구체적으로 제시되어 있지는 않다.²²⁾ 이에 따라 변호사와 의뢰인 간의 특권에 대한 정의는 다양하게 제시되고 있다. 그 중에서 유용성이 높은 것으로 평가되어 비교적 빈번히 인용되는 것은 세 가지이다.

첫째는 미 연방 대법원장에 의하여 의회에 제안되었으나 결국 입안되지 않은 연방증거규칙(안)(Proposed Federal Rules of Evidence) 제503조 b항에 의한 정의이다. 동 조는 “의뢰인은 변호사와 법률자문을 받을 목적으로 비밀리에 행한 의사 교환

21) U.S. v. Bryan, 339 U.S. 323, 331, 70 S. Ct. 724, 94 L. Ed. 884 (1950).

22) 연방증거규칙 제501조는 “증인의 특권은 미합중국 법원이 합리성과 경험에 비추어 보통법의 원칙을 해석하는 바와 같이 규율되어야 한다.”고 규율할 뿐이다. 여기의 증인에는 변호사가 포함된다.

(Confidential Communications)에 대하여 스스로 공개를 거부하거나 다른 사람으로 하여금 공개하는 것을 금지할 수 있는 특권이 있다.”라고 규정하고 있다. 이에 따르면 의뢰인과 변호인 간의 일정한 비밀 의사 교환에 대해서 의뢰인이 스스로 공개를 거부하거나 다른 사람으로 하여금 공개하는 것을 금지할 수 있는 특권으로 정의될 수 있다.

둘째는 증거법 분야의 전문가인 J. 위그모어(Wigmore)교수가 행한 정의이다. 이에 의하면 어떤 의사교환이 “전문적인 법률 전문가로부터 법률 자문이 필요하여 행한 것이며, 그 내용이 법률 자문에 관한 것으로서 비밀리에 수행된 경우에, 의뢰인이 스스로 보호를 포기하지 않는 한 그 의사교환의 내용이 그 자신 또는 자문한 법률전문가에 의한 공개로부터 보호되는” 권리라고 정의된다.

셋째는 United States v. United Shoe Machinery Corp. 판결²³⁾에서 연방대 법관 Wyzanski가 행한 정의이다. 이에 의하면 “① 특권의 보유자는 의뢰인이거나 의뢰인이 되려는 자이며, ② 의사교환의 상대방은 변호사회 회원인 변호사이거나 그 휘하에 종속되어 업무를 행하는 자로서 그 의사교환 내용이 변호사로서 활동과 관련된 것이고, ③ 이러한 의사교환이 의뢰인에 의해 제3자의 참석 없이 비밀리에, 주로 법적 의견이나 서비스 또는 법적 절차상의 조력을 제공 받기 위한 목적에서 수행된 것으로 범죄나 불법행위를 저지르기 위한 것이 아니며, ④ 의뢰인이 이를 주장하고 포기하지 않는 경우에” 그 의사교환의 공개를 거부할 수 있는 특권이다. 요컨대 ① 의사교환이(a communication) ② 보호대상자 사이에(between privileged persons) ③ 비밀리에(in confidence) ④ 의뢰인을 위해 법률 조언을 제공하거나 이를 획득하기 위한 목적(for the purpose of obtaining or providing legal assistance for the client)에서 행한 것인 경우에 의뢰인에게 인정되는 특권이라는 것이다.

나. 구별 개념

(1) 비밀유지의무

직업 활동 모범 규칙에 의해 변호사는 의뢰인과 한 의사교환의 내용을 원칙적으로 묵비하여야 한다.²⁴⁾ 이는 모든 주에서 요구되나, 직무윤리 차원에서 요구되는 의무

23) United States v. United Shoe Machinery Corporation, 391 U.S. 244 (1968).

인 점에서 상술한 특권과는 구별된다.

(2) 업무성과물 원칙(work product doctrine)

그 외 특권과 구별되는 주요한 원칙으로 이른바 업무성과물 원칙(work product doctrine)이 있다. 이에 관하여는 항을 바꾸어 계속 검토한다.

2. 인접개념: 업무성과물 원칙

가. 의의 및 취지

(1) 의의

변호사-의뢰인 특권은 의뢰인과 변호인 간의 의사교환을 대상으로 하는 것인바, 동 특권과 인접하고 때로는 혼용되기도 하지만 엄밀히 볼 때 이와 구별되는 원칙으로서 이른바 업무성과물의 원칙이 있다. 변호사가 의뢰인을 위한 법적 쟁송이나 자문에 대비하여 준비한 업무성과물(work product)에 대하여도 증언 또는 제출을 거부할 수 있는 특권이 부여되며, 이러한 법리를 업무결과물 또는 업무성과물 원칙(work product doctrine)이라고 한다.

(2) 인정취지

업무성과물 원칙은 변호사가 소송을 위하여 준비한 서류나 특히 변호사의 의견을 담은 서류가 증거개시에 의하여 공개될 경우 상대방에 의한 이른바 무임승차의 우려가 있으므로 이를 공개하여서는 안 된다는 것으로부터 출발한다. 이는 미 연방대법원의 Hickman v. Taylor 판결²⁵⁾에서 처음 인정되었고, 연방민사소송규칙(Federal Rules of Civil Procedure) 26(b)(3)로 성문화되었다.²⁶⁾ 현재 연방형사소송규칙(Federal

24) ABA Model Rules of Professional Conduct, Rule 1.6: Confidentiality of Information (2020); “Client-Lawyer Relationship (a) A lawyer shall not reveal information relating to the representation of a client unless the client gives informed consent(이하 생략)”.

25) Hickman v. Taylor, 329 U.S. 495 (1947).

26) 연방민사소송규칙 26(b)(3) (A) Documents and Tangible Things. Ordinarily, a party may not discover documents and tangible things that are prepared in anticipation of litigation or for trial by or for another party or its representative (including the other party’s attorney, consultant, surety, indemnitor, insurer, or agent). But, subject to Rule 26(b)(4), those materials may be discovered if:

(i) they are otherwise discoverable under Rule 26(b)(1); and

Rules of Criminal Procedure) 16(a)(2)²⁷⁾와 (b)(2)²⁸⁾에도 형사소송에서 업무결과물의 증거개시 배제에 관한 내용이 규정되어 있다.

나. 보호범위

업무성과물 원칙은 변호사-의뢰인 특권에 비교할 때 보호범위가 보다 넓다. 후자의 경우 변호사(혹은 그 직원)와 의뢰인 간의 의사교환만이 보호됨에 비하여, 업무성과물 원칙은 어떤 정보가 현재 또는 장래의 소송 등 법적 분쟁에 대비하기 위하여 준비된 것이면 그 작성자가 반드시 변호사가 아닌 때에도 보호될 수 있고(예컨대 감정서류, 회계자료), 변호사가 소송을 위하여 관련자와 인터뷰한 후 서명 받은 진술서 등 사건을 위하여 수집한 정보 역시 업무결과물에 포함된다. 변호사가 의뢰인의 사건을 수행함에 있어서 작성한 메모, 서류, 통신 등에서 사실 자체를 제외한 변호사 자신의 의견, 인상, 논리전개, 결론 등은 증거개시에 따른 제출의무에서 배제되어 강력한 보호를 받는다.²⁹⁾³⁰⁾

다. 예외: '필요성의 예외'

업무성과물 원칙에 의한 보호에는 일정한 경우에 그 예외가 인정될 수 있다. 특히 업무성과물 원칙 주장에 대해서 상대방이 특정 증거가 필요하고 다른 증거를 사용할

-
- (ii) the party shows that it has substantial need for the materials to prepare its case and cannot, without undue hardship, obtain their substantial equivalent by other means.(이하 생략).
- 27) 연방형사소송규칙 16(a)(2) Information Not Subject to Disclosure. Except as permitted by Rule 16(a)(1)(A)-(D), (F), and (G), this rule does not authorize the discovery or inspection of reports, memoranda, or other internal government documents made by an attorney for the government or other government agent in connection with investigating or prosecuting the case. Nor does this rule authorize the discovery or inspection of statements made by prospective government witnesses except as provided in 18 U.S.C. § 3500.
- 28) 연방형사소송규칙 16(b)(2) Information Not Subject to Disclosure. Except for scientific or medical reports, Rule 16(b)(1) does not authorize discovery or inspection of:
- (A) reports, memoranda, or other documents made by the defendant, or the defendant's attorney or agent, during the case's investigation or defense; or
- (B) a statement made to the defendant, or the defendant's attorney or agent, by:
- (i) the defendant;
- (ii) a government or defense witness; or
- (iii) a prospective government or defense witness.
- 29) Drummond Co. v. Conrad & Scherer, LLP, 885 F.3d 1324, 1335 (11th Cir. 2018) 외 다수.
- 30) 연방민사소송규칙 26(b)(3) (B) Protection Against Disclosure. If the court orders discovery of those materials, it must protect against disclosure of the mental impressions, conclusions, opinions, or legal theories of a party's attorney or other representative concerning the litigation.

수 없음을 입증하면 곧바로 그 보호에 예외가 인정될 수 있으며[이른바 ‘필요성의 예외 (necessity exception)’] 이는 이 원칙이 변호사-의뢰인 특권과 다른 가장 주요한 부분이다. 만약 업무성과물 원칙에 예외가 인정되어 업무성과물이 증거로 채택되는 때에는 변호사-의뢰인 특권으로 보호되는 부분은 삭제되어야 한다.

3. 형성

가. 보통법상 특권

변호사-의뢰인 특권은 의뢰인이 변호사와 사이에서 법률자문을 받을 목적으로 비밀리에 행한 의사 교환(confidential communications)의 기밀성을 보호하고자 형성되어 온 보통법(common law)상 특권³¹⁾이다. 이는 보통법상 특권 중 가장 오래된 것의 하나로³²⁾ 중세에서 절대왕정으로 이행된 16세기 영국의 시대적 변화에 맞물려 촉진된 재판제도의 발전과정에서 유래한 것으로 추정된다.³³⁾

나. 태동: 중세 영국

중세 영국과 유럽의 재판절차에서 “입증”은 종교의 지배적 영향력 하에서 사실문제보다 신성의 문제로 접근되어, 당사자의 가학, 전투 또는 맹세를 통한 입증이 성행하였다.³⁴⁾ 하지만 도시화에 따라 맹세의 악용이 증가하고 증인제도에 대한 불신이 팽배하자, 엘리자베스 1세 여왕 치세인 1562년부터 증언 규제가 정비되어 증인에 대한 출석 의무 인정 및 법정 소환, 증인의무 등 관련 제도가 확립되었다.

그러나 이 무렵까지 당사자 본인은 증인적격이 인정되지 않았기 때문에, 각 당사자가 상대방의 변호사를 증인으로 신청하여 상대방이 상담한 내용을 밝히도록 신문하

31) Swidler & Berlin v. United States, 524 U. S. 399, 403 (1998), Wemark v. State, 602 N. W. 2d 810, 815 (Iowa 1999), In re Miller, 584 S. 2. 2d 772, 782 (N. C. 2003), Doe v. Maret, 984 P. 2d 980, 982 (Utah 1999).

32) Upjohn Co. v. United States, No. 79-886, 449 U.S. 383 (1981).

33) 1577년의 Berd v. Lovelace 판결은 동 특권을 인정한 최초의 사건으로 기록되어 있다.

34) 뜨겁게 달군 쇠를 손에 들고 일정 거리만큼 운반하여 일정기간 후에 상처가 치유되지 않으면 유죄로 간주되거나, 당사자 간 전투를 벌여 승리하는 자가 입증한 것으로 간주되거나, 일정 수의 선서조력자에 의한 진실성 보증 맹세가 그것이다. 맹세의 경우 종교의 영향력이 특히 강했던 시골의 지역공동체에서 매우 효과적이었을 것이라는 분석이 있다.

는 일이 빈번하였다. 변호사-의뢰인 특권은 이 같은 상황에서 변호사가 의뢰인의 비밀을 지켜 그 자신의 신분상 명예를 유지할 수 있게 하려는 목적으로 탄생하였다.

II. 발전 및 수용

1. 영국에서 특권의 발전

가. 특권의 주체

(1) 변호사: 법정변호사와 자문변호사

특권의 주체인 ‘변호사’에 관하여는, 1673년 영국 King's Bench가 변호사-의뢰인 특권이 법정변호사 외에 자문변호사 등 법정 외 일반 변호사에게도 적용된다고 판시하는 등, 변호사의 범위를 법정에서 송무를 행하는 변호사에 한정하지 않는 해석이 이른 시기에 나타났다. 이 점은 특권이 변호사의 지위에 근거한 것이 아니라 수행된 기능, 즉 장래 소송의 기대가 있는가 여부에 근거한다는 시각을 제공함으로써, 추후 특권의 요건 정립에 큰 영향을 주었다.

(2) 변호사로부터 의뢰인의 권리로

18세기에 들어 변호사의 특권이 곧 의뢰인의 특권이기도 하다는 판결이 나타나고,³⁵⁾ 특권을 정당화하는 새로운 설명이 등장하였다. 즉 특권은 의뢰인이 그 변호사와 상담할 때에 행동의 자유를 보장하기 위해 필요하다는 것이었다.³⁶⁾ 기존의 변호사 명예에 관한 설명과 새로운 설명이 공존하다가, 1776년에 명예만으로는 특권이 생기지

35) Lord Say and Seal's Case, 10 Mod. 40, 41, 88 Eng. Rep. 617 (K.B. 1712)("[B]ecause as an attorney has a privilege not to be examined as to the secrets of his client's cause, so the attorney's privilege was likewise the client's privilege; for the client intrusts an attorney with the secrets of his cause, upon confidence not only that he will not, but also that though he would yet he should not, be admitted by the law to betray his client.").

36) Annesley v. Anglesea, 17 How. St. Tr. 1139, 1237 (1743)("As to the client, the interest which he has in this privilege, is very obvious. No man can conduct any of his affairs which relate to matters of law, without... consulting with an attorney;... and if he does not fully and candidly disclose every thing that is in his mind, which he apprehends may be in the least relative to the affair he consults his attorney upon, it will be impossible for the attorney properly to serve him.").

않는다는 법원의 태도가 나타났다.³⁷⁾ 이것은 변호사-의뢰인 특권이 변호사의 권리로 부터 의뢰인의 권리로 변화하는 계기가 되었다. 특권이 미국의 판례법으로 나타났을 무렵엔 이미 그것이 의뢰인의 권리라는 점이 확립되었다.³⁸⁾

나. 특권 요건의 발전

(1) 의사교환의 방향

특권의 발전 과정에서 개별 요건 또한 발전하였다. 의사교환의 방향에 관하여, 1730년 *Radcliffe v. Fursman* 사건³⁹⁾에서 House of Lords는 변호사가 행한 의사표현이 아닌, 의뢰인이 변호사에게 한 의사표현에 대해 변호사-의뢰인 특권이 인정되지 않는다고 판시하기도 하였으나, 140여년 후인 1873년 판결에서 이러한 제한은 종국적으로 폐지되었다.

(2) 의사교환의 주제

또한 특권이 보호하는 의사교환의 주제에 관하여는, 1743년의 *Annesley v. Anglesea* 판결⁴⁰⁾에서 특권이 변호사가 고용된 원인과 관련된 사항만을 보호하고, 고용 원인에 비취 중요하지 않거나 불필요하거나 이질적인 사항에 대해서는 특권의 보호가 배제된다고 판시하였다.

(3) 의사교환의 시기

한편 의사교환의 시기에 관하여는, 변호사-의뢰인 특권이 소송 개시 이후, 즉 소송계속 중 행한 의사교환만을 보호한다는 판결⁴¹⁾이 나타나기도 하였다. 그러나 1833년 *Greenough v. Gaskell* 판결⁴²⁾에서, 그 보호를 소송 등 분쟁 계속 중에 국한하는 것은 오히려 기밀로 보호할 가치가 가장 크다고 할 수 있는, 소송 등 분쟁 직전에 이를 준비하기 위한 의사교환을 보호에서 배제하는 결과이어서 타당하지 않다고 판시함으로써,

37) *Duchess of Kingston's Trial*, 20 How. St. Tr. 355, 586 (H.L. 1776).

38) *Baker v. Arnold*, 1 Cai. R. 258, 266, 1803 WL 655 (N.Y. Sup. 1803).

39) *Radcliffe v. Fursman*, 2 Bro. P.C. 514, 1 Eng. Rep. 1101 (H.L. 1730).

40) *Annesley v. Anglesea*, 17 How. St. Tr. 1139 (Court of Exchequer in Ireland 1743).

41) *Wadsworth v. Hamshaw*, 2 Brod. & B. 5 (note), 129 Eng. Rep. 858 (C.P. 1819).

42) *Greenough v. Gaskell*, 1 My. & K. 98, 39 Eng. Rep. 618 (Ch. 1833).

소송 계속 중은 물론 분쟁 중인 사항에 관하여 소송을 고려하거나 소송이 예상될 수 있는 경우에도 특권이 적용될 수 있도록 변화되었다.

2. 미국에서 특권의 수용

가. 건국 초기

식민지 해방 이후 미국 사법부는 신생 독립국을 규율할 여러 법률제도의 윤곽을 새롭게 설정하기 시작하였으나, 변호사-의뢰인 특권의 경우 미국의 초기 판례법은 영국의 특권에 별다른 변경을 가하지 않은 상태로 수용하여 재판에 적용하였던 것으로 보인다. 1820년 이전에 보고된 20건의 사례에 의하면 이미 6개 주 및 2개의 연방 항소법원에서 이 특권이 인정되었고, 그 요건은 대체로 영국의 그것과 동일하였다.

나. 수용 과정

특권 범위에 관하여, 1829년 *Dixon v. Parmelee* 사건⁴³⁾은 의사교환의 시기를 소송이 계류 중인 기간에 행한 의사교환으로, 의사교환의 주제를 변호사가 소송을 관리하기 위해 알 필요가 있는 사항으로 특권의 보호대상을 엄격히 제한하였다. 그러나 이후 *Durkee v. Leland* 사건,⁴⁴⁾ 1845년 *March v. Ludlum* 사건,⁴⁵⁾ *Bank of Utica v. Mersereau* 사건,⁴⁶⁾ *Whiting v. Barney* 사건⁴⁷⁾ 등을 거치면서, 소송이 계류 중이거나 예상되는 의사교환에만 국한되지 않음이 선례로 확립되었다.

변호사-의뢰인 특권이 '소송'에 한하여 적용된다는 제한이 풀리면서, 미국의 이후 특권에 관한 논의는 주로 다음과 같은 두 가지 문제를 향하게 되었다. 첫째는 기밀성 개념이 변호사-의뢰인 관계를 설명하는 도구에서 특권 그 자체의 성립에 대한 요건으로 변화된 것, 둘째는 특권을 기업과 그 외 법인 등 의제적 권리주체에 대해 적용하는 적절한 방안을 모색하는 것이다.⁴⁸⁾

43) *Dixon v. Parmelee*, 2 Vt. 185, 1829 WL 1091 (1829).

44) *Durkee v. Leland*, 4 Vt. 612, 1832 WL 2074 (1832).

45) *March v. Ludlum*, 3 Sandford's Ch. Rep. 35 (N.Y. Ch. 1845).

46) *Bank of Utica v. Mersereau*, 3 Barb. Ch. 528, 5 N.Y. Ch. Ann. 998, 1848 WL 4466 (N.Y. Ch. 1848).

47) *Whiting v. Barney*, 30 N.Y. 330, 1864 WL 4145 (1864).

III. 취지 및 근거

1. 인정 취지

가. 과거의 논의

과거 변호사-의뢰인 특권의 취지는 증언이 강제되었던 당시의 재판 진행을 전제로, 변호사가 자신이 성실 또는 충실의무를 부담하는 의뢰인에 대해 그 의무를 다하지 못하고 불리한 증언을 함으로써 이른바 신사로서 갖는 명예를 실추시키는 것을 사전에 방지하기 위한 것이었다.⁴⁹⁾ 따라서 당시에 이 특권을 주장할 수 있는 주체는 변호사 본인이었다.

나. 오늘날: 세 가지 측면

(1) 의의

이처럼 원래의 취지는 신분법적 윤리와 밀접한 관련이 있었으나, 오늘날 일반적으로 수용되는 특권의 취지는 그로부터 크게 변화되어 있다. 변호사와 의뢰인 간 의사교환의 비밀유지의 정당화 근거는 주로 세 가지 측면에서 설명된다.⁵⁰⁾ 이는 특권의 주체가 변호사로부터 의뢰인으로 변화된 근거이기도 하다.

(2) 구체적 내용

첫째는 변호사와 의뢰인 간에 완전히 자유로운 의사교환을 장려함으로써 다양하

48) 상세는 Jason Batts, “Rethinking Attorney-Client Privilege”, *Georgetown Journal of Legal Ethics* (2020), III, B. 이하 참조.

49) 변호사와 의뢰인간의 특권에 대하여는 로마법(Roman Law)상 시실리 총독에 대한 공판을 진행하면서 피고인과 피고인측 변호인간의 신뢰보호를 이유로 변호인에게 증언을 강제할 수 없었던 마커스 툴리우스 키케로(Marcus Tullius Cicero) 사건이 인용되기도 한다.

50) 미국에서 비밀유지특권의 종류는 독일과 마찬가지로 인적(주체적) 이유에 기초한 것과, 물적(객체적) 이유에 근거한 것이 있다. 전자로는 부부간 비밀유지특권(marital privilege), 환자-의사 간 비밀유지특권(physician-patient privilege) 및 성직자-참회자 간 비밀유지특권(clergy-penitent privilege)이 널리 인정받고 있다. 또한 회계사 의뢰인 간 비밀유지특권(accountant-client privilege)에 대해 약 30%의 국가에서 법적으로 인정하고 있다. 다음으로 물적 이유에 근거한 것으로는, 영업의 비밀 유지특권 (trade secret privilege)과 신문 기자 등 언론인의 비밀유지특권이 인정되는 경우가 있다. 미국에서는 이 같은 비밀유지특권 중에서도 인적 이유에 따른 비밀유지특권, 특히 변호사-의뢰인 간 비밀유지특권이 소송에서 중요한 의미를 갖는다. Kenneth S. Broun/ George E. Dix/ Edward J. Imwinkelried/ David H. Kaye, *McCormick on Evidence*(8th ed.)(2020), 163.

고 광범위한 측면의 법적 고찰과 검토를 촉진하고, 충분하고 완전한 정보에 입각한 변호인의 효율적 조력을 보장하는 것이다. 변호사 조력의 효율성을 높이기 위해 완전하고 기탄없는 정보제공을 장려함으로써,⁵¹⁾ 시민들이 법률분쟁에서 공격 또는 방어권을 효과적으로 행사하여 자신의 권리를 보장받을 수 있게 한다.

둘째는 첫째 효과를 통해 법률 준수 및 사법 제도 면에서 보다 광범위한 공익을 촉진하려는 것이다. 사회 구성원이 제반 분야에 대해 다양하고 광범위한 측면의 효율적인 변호인의 조력을 마음 놓고 받을 수 있도록 촉진함으로써, 사회 전체의 법률 준수 수준을 제고하는 공익에 기여할 수 있다.⁵²⁾

셋째는 의뢰인이 자신의 기밀정보에 대한 액세스 가능여부를 스스로 지배할 수 있게 하는 것이다.⁵³⁾ 정보의 송신자가 수신자에게 그것을 다른 제3자에게 누설하지 않을 것을 기대하는 경우 이를 충족시킬 수 있도록 규범화하여 정보 주체인 의뢰인이 정보에 대하여 갖는 처분권한을 보호한다.

(3) 검토

변호사는 법률문제와 직접 연관된 사적인 정보를 많이 취급하는 직업의 특성상 업무수행에 있어서 의뢰인과의 내밀한 의사소통이 필수적으로 요구된다. 대부분의 의뢰인은 자신의 생명, 신체, 재산 등과 직결되고 삶에 큰 영향을 끼칠 수 있는 사건을 해결하고자 변호사에게 논의하고, 이를 통해 복잡한 법률체계 속에서 합법적으로 자신의 권리를 보호 받고 실현하기를 원하기 때문이다.

변호사가 수임사건에 관한 더 상세한 지식을 보유할수록 의뢰인의 이익에 부합하는 성과를 낼 가능성이 높다. 변호사가 소송에서 효과적 공격방어 전략을 구사하거나, 의뢰인에 불리한 결과가 초래될 행동을 하지 않도록 조언하는 것은 사건에 관한 충분한 정보 없이는 곤란하기 때문이다. 특히 형사사건에서 변호사가 의뢰인에게 범죄의

51) *Upjohn v. United States*, 449 U.S. 383, 389 (1981)(“이 특권은, 전문적 조언에 따라 행동 할 수 있는 사람들에게 대하여 전문적 조언을 제공하는 것뿐만 아니라, 변호사가 충분한 정보에 입각한 적절한 조언을 제공할 수 있도록 변호사에게 정보를 제공하는 것 역시 보호하기 위해서 존재한다.”); *Trammel v. United States*, 445 U.S. 40, 51 (1980)(“이 특권은 충실한 법적 조언 또는 변호는 공적 목적에 기여하며, 그러한 조언 또는 변호는 변호사가 의뢰인으로부터 완전한 정보를 제공받는 것에 의존한다는 것을 인정하는 것이다.”).

52) *Upjohn v. United States*, 449 U.S. 383, 389 (1981).

53) *Renfield Corp. v. E. Remy Martin & Co.*, 98 F.R.D. 442, 444 n.5 (Del.1982).

성부는 물론 양형에 관하여도 최선의 변론을 제공할 수 있으려면, 의뢰인이 통상 외부에 쉽게 공개하지 않는 범죄연루 사실, 질병, 재산관계, 가족관계 등을 비롯한 포괄적 범위의 사적 정보를 변호사와 공유할 필요가 있다.

이처럼 자유롭고 내밀한 의사소통의 가능성은 변호사와 의뢰인의 신뢰관계를 정착시키고 변호사제도 자체를 안착하게 하는 핵심요소이다. 요컨대 변호사가 그 기능을 원활히 수행하기 위해서는 의뢰인이 사건에 관한 한 전적으로 변호인을 신뢰할 수 있도록 보장하는 제도가 필요하다.

2. 인정 근거

변호사-의뢰인 특권을 인정하는 근거는 크게 규범적 근거, 이론적 근거, 정책적 근거로 나누어 논의될 수 있다. 그 중 앞서 변호사-의뢰인 특권의 취지에서 다른 내용은 동 특권의 정책적 근거와 실질적으로 동일하다고 할 수 있다. 그 외 규범적 근거와 이론적 근거에 관하여는 각 아래와 같이 검토될 수 있다.

가. 규범적 근거

(1) 커먼로

변호사-의뢰인 특권은 연방증거규칙 입법과정에서 연방자문위원회(Federal Advisory Committee)가 명시하였듯 헌법에 근거를 두지 않은 비헌법적 특권이다.⁵⁴⁾ 또한 이는 커먼로에 근거하여 인정되는 증거법상 특권이다. 성문의 규범적 근거로서 후술할 연방증거규칙 제501조 및 제502조라든가 각 주 증거법 규정이 거론될 수도 있으나, 이들은 특권의 구체적인 내용에 대해서 규율하고 있지 않다.

이처럼 성문법으로 이 특권의 내용 및 효력을 규율하지 않은 것은 입법자가 의도한 것이다. 미 의회는 1975년 연방증거규칙(Federal Rules of Evidence)을 제정하면서 증거법원칙인 변호사-의뢰인 특권에 관하여도 논의하였다. 그러나 연방자문위원회

54) Notes of Committee on the Judiciary, House Report No. 93-650; “Article V as submitted to Congress contained thirteen Rules. Nine of those Rules defined specific nonconstitutional privileges which the federal courts must recognize [i.e. required reports, lawyer-client(후략)].”

(Federal Advisory Committee)는 변호사-의뢰인 특권을 비롯한 특권법을 성문의 세부규정이 아닌 커먼로에 맡겨 미국 법원에 의하여 발전되도록 함이 타당하다는 의견을 제시하였다.⁵⁵⁾

이에 입법자는 이를 수용하여 연방증거규칙 제501조 이하에 변호사-의뢰인 특권 등 각종 증거법상 특권들의 포괄적 근거만을 두고, 기존에 산재된 관련 규정을 삭제함으로써, 미국 법원에서 형성하여 온 특권법에 대한 기존 법리와 해석들을 유지할 수 있게 하였다. 그리고 향후 특권법의 세부 내용이 미국 법원에 의해 계속적으로 개발 및 발전될 수 있도록 연방증거규칙에서 변호사-의뢰인 특권에 관한 세부 내용을 규율하지 않고 커먼로에 그 형성을 일임하였다. 이후에도 미 의회는 변호사-의뢰인 특권을 성문화하려는 시도를 하지 않았다.

한편 1975년 연방증거규칙 입법 시 연방자문위원회가 제시한 의견에 드러나듯 “강력한 이유가 없는 한 연방법이 특권법과 같은 실질적인 영역에서 주법을 대체하여서는 안 된다”⁵⁶⁾는 관념 하에, 주 법원은 연방법원의 판단에 구애받지 않고 독자적으로 특권법 관련 법리를 발전시켜 왔다. 또한 법원은 특권법이 커먼로에 일임된 취지에 충실하게 그 스스로 적극적인 특권 법리 형성을 강조하기도 한다.⁵⁷⁾ 그러나 1975년 이후에 변호사-의뢰인 특권의 문제를 직접 다룬 연방대법원 판결이 소수에 불과하며, 연방대법원의 소극적 태도 속에 연방 하급심과 주 법원이 각기 판례를 내어놓아 축적한 결과, 주와 연방 및 각 내부 관할권 사이에 특권의 세부 내용을 둘러싼 판례 충돌 등 혼선이 발생하였다는 지적도 있다.⁵⁸⁾

55) Notes of Committee on the Judiciary, House Report No. 93-650 (“The Committee amended Article V to eliminate all of the Court’s specific Rules on privileges. Instead, the Committee, through a single Rule, 501, left the law of privileges in its present state and further provided that privileges shall continue to be developed by the courts of the United States.”).

56) Notes of Committee on the Judiciary, House Report No. 93-650 (“federal law should not supersede that of the States in substantive areas such as privilege absent a compelling reason”).

57) *Sanborn v. Parker*, 629 F.3d 554, 575 (6th Cir. 2010); *Noggle v. Marshall*, 706 F.2d 1408, 1415, 13 Fed. R. Evid. Serv. 645 (6th Cir. 1983) (“[N]o single approach is mandated by the constitutional requirement for effective assistance of counsel, and the concepts of privilege which may be inherent therein. ... In this developing area of the law, the states must be left to experiment and innovate.”).

58) Timothy P. Glynn, “Federalizing Privilege”, 52 Am. U. L. Rev 59, 93-98 (2002).

(2) 성문법 규정

상술하였듯 변호사-의뢰인 특권은 수정헌법에 근거하지 않으며, 연방의 입법자는 의도적으로 그 규율을 커먼로에 맡기려 하였다. 다만 성문법에 근거가 전혀 없는 것은 아니다.

성문법상의 근거는 주로 소송절차에 적용되는 증거법 관련 규율의 일부로 포함되어 있으며, 주로 민·형사 구별 없이 이 특권의 포괄적 근거를 규정하고 세부 내용에 관한 규율을 두지 않는 형태이다.

우선 연방증거규칙(Federal Rules of Evidence)은 제501조에서 특권 일반에 관하여, 제502조에서 변호사-의뢰인 특권의 포기 및 그 한계(Attorney-Client Privilege and Work Product; Limitations on Waiver) 등에 관하여 각 규정하고 있다. 다만 그 특권의 보호를 받는 대상 등 특권의 내용에 대해서는 특별한 규정을 두고 있지 않다.

Rule 501. Privilege in General

The common law—as interpreted by United States courts in the light of reason and experience—governs a claim of privilege unless any of the following provides otherwise:

- the United States Constitution;
- a federal statute; or
- rules prescribed by the Supreme Court. (이하 생략)

(다음 중 어느 하나에 달리 규정되어 있지 않는 한, 미국 법원이 이성과 경험에 비추어 해석한 커먼로가 특권 주장을 규율한다:

- 미국 연방 헌법
- 연방법령
- 대법원 규칙)

Rule 502. Attorney-Client Privilege and Work Product; Limitations on Waiver

(g) Definitions. In this rule:

(1) “attorney-client privilege” means the protection that applicable law provides for confidential attorney-client communications; and

(2) “work-product protection” means the protection that applicable law provides for tangible material (or its intangible equivalent) prepared in anticipation of litigation or for trial.

[(g) 정의. 이 규칙에서

(1) “변호사-의뢰인 특권”은 준거법이 기밀인 변호사-의뢰인 간 의사교환에 제공하는 보호를 의미한다.

(2) “작업 산출물 보호”는 준거법이 소송 또는 재판에 대비하여 준비된 유형의 자료(또는 그에 준하는 무형의 등가물)에 대하여 제공하는 보호를 의미한다.]

또한 뉴욕 주 민사소송법(Civil Practice Law and Rule of New York)은 ‘의뢰인에 의해 변호사-의뢰인 특권이 포기되지 않는 한, 의뢰인과 변호사 간에 비밀 의사교환 내용을 알고 있는 자는 소송절차 등에서 그러한 의사교환을 공개하는 것이 허용되지 않고, 의뢰인은 이를 공개하도록 강요당하지 않는다’⁵⁹⁾고 규정한다. 캘리포니아 주 증거법(California Evidence Code) 역시 ‘변호사-의뢰인 특권의 보유자, 그로부터 특권 주장 권한을 부여받은 자, 비밀 의사교환 당시의 변호사였던 자에 의해 특권이 주장되는 경우, 소송상 당사자인가를 불문하고 의뢰인은 자신과 변호사 간 행한 비밀 의사교환의 공개를 거부하거나 제3자가 공개하는 것을 방지할 권리를 갖는다’⁶⁰⁾라고 규정하여 특권 인정을 위한 성문의 근거를 두고 있다.

한편 텍사스 주 증거법(Texas Rule of Evidence)은 변호사-의뢰인 특권을 규정하면서 형사소송에 관하여서 특별히 언급하고 있어 주목된다. 관련 규정을 소개하면 다음과 같다.

Texas Rule of Evidence Article V § 503

(b)(2) Special Rule in a Criminal Case. In a criminal case, a client has a privilege to prevent a lawyer or lawyer’s representative from disclosing any other fact

59) Article 45, Section 4503.

60) Section 954.

that came to the knowledge of the lawyer or the lawyer's representative by reason of the attorney-client relationship.⁶¹⁾

(특히 형사사건의 경우, 의뢰인은 변호사 내지 그 변호사의 대표자가 의뢰인과의 관계에서 알게 된 어떤 사실 관계를 공개하는 것을 방지할 특권을 갖는다.)

나. 이론적 근거: 실용주의 또는 공리주의

(1) 실용주의

실용주의적 관점의 설명은 변호사-의뢰인 특권을 설명하는 가장 기본적인 논거로 원용된다. 이는 세 가지 점에 근거한다.⁶²⁾ 첫째, 법은 매우 복잡하므로 사회 구성원 간의 논쟁을 해결하기 위해서 법률 전문가의 도움이 필요하기 마련이다. 둘째, 변호사가 의뢰인의 정황에 관한 완전한 사실을 알지 못하면 변호사로서 기능하기 어렵다. 셋째, 의뢰인이 변호사가 의뢰인의 의지에 반하여 법정 등에서 강요 등에 의하여 비밀을 누설할 수도 있다는 가능성을 인식하는 경우에는 변호사에게 모든 사실을 털어놓을 수가 없다.

(2) 공리주의

한편 공리주의적 관점에서, 법률의 준수 수준이 제고되는 등 사법 제도에 있어서의 보다 광범위한 공익이 촉진되어 사회 전체에 이익이 되도록 하려는 것이라는 관점도 있다. 이는 앞서 언급된 정책적 취지와 연결된다.

다. 제도적 근거: 당사자주의 및 강제적인 증거제출

(1) 서설

미국에서 변호사-의뢰인 특권은 특유의 소송구조와 시스템을 전제로 발전하여 왔다. 영미 시스템이 전제하는 기본적 소송구조인 당사자주의 및 일반적 증거개시제도에 의한 증거제출 강제가 그것이다.

61) <https://www.txcourts.gov/media/1448644/texas-rules-of-evidence-updated-with-amendment-s-effective-612020-f.pdf>에서 확인 가능.

62) 이에 관하여는 Kenneth S. Broun/ George E. Dix/ Edward J. Imwinkelried/ David H. Kaye, McCormick on Evidence(8th ed.)(2020), 190.

(2) 당사자주의

미국의 소송제도는 민사 및 형사 모두 기본적으로 당사자주의 소송구조(adversary system)를 채택하고 있다. 당사자주의는 진실을 발견하고 공정한 결과를 얻을 수 있고 개인의 권리를 보호하는 데에 가장 효과적인 최선의 절차가 당사자 개개인이 자신의 이익을 위해 최선을 다하는 공방을 통한 절차이며 그것이 사회 전체적으로도 유익하다는 공리주의적 관점을 전제한다.

당사자주의가 제대로 작동하기 위해서는 변호사의 직무수행에서 비밀이 보장되어야 한다. 이에 관하여 미국 연방대법원은 Hickman v. Taylor 사건⁶³⁾에서 “역사적으로 변호사는 법원의 기관(an officer of the court)으로 의뢰인의 적법한 이익을 충실하게 보호하는 동시에 정의의 증진에 일조할 의무가 있다. 변호사가 이를 수행하기 위해서는 변호사 업무에 대한 상당한 정도의 비밀성이 보장되는 것이 필수적이고, 반대 당사자와 그의 대리인에 의한 불필요한 간섭에서 자유로워야 한다. 의뢰인의 사건을 적절히 준비하기 위해서는 부적절하고 불필요한 간섭 없이 정보를 수집하고, 법리를 준비하며, 소송전략을 수립해야 한다. 이것이 의뢰인의 이익을 보호하고 정의를 촉진시키는 우리 시스템의 구조이다.”라고 판시하였다.

(3) 형사절차에서 당사자주의: 무기대응

당사자주의는 형사절차에서도 관철된다. 당사자주의, 공판중심주의와 배심제로 대표될 수 있는 미국의 형사소송에서 검사와 피고인은 대립당사자로서 소극적 심판자인 법원 또는 배심의 면전에서 상호 공방을 전개하고 이를 통해 사실이 규명되어 간다. 이를 위해서 피고인과 법률전문가인 검사 간에 무기대응이 전제되어야 하며, 피고인이 변호인의 충분한 조력을 받는 것이 필수적이다.

Gideon v. Wainwright 사건⁶⁴⁾에서 연방대법원은 변호인의 조력을 받을 권리가 형사사법절차상 당사자주의 시스템의 공정한 운영을 위한 필수적인 요소라고 판시하였다.

63) Hickman v. Taylor, 329 U.S. 495, 67 S. Ct. 385 (1947).

64) Gideon v. Wainwright, 372 U.S. 335 (1963).

(4) 증거제출이 강제되는 시스템

미국 사법제도에서 변호사-의뢰인 특권은 본안심리 이전 단계인 증거개시 절차(discovery/disclosure)에서 항변으로 원용되는 증거제출 거부권한으로서 중요한 의미를 갖는다. 이러한 항변은 증거제출 의무의 인정, 즉 강제적인 증거제출을 전제한다.

특히 민사에서도 당사자주의를 바탕으로 법원 외에서 당사자에 의한 증거의 상호 개시 및 증인 상호 심문 등의 증거 조사가 심리 전에 진행되는 절차적 구조이기에, 일정한 증거제출이 강제되는 이 같은 제도 하에서 증거제출의무를 부담하는 당사자에게 인정되는 항변으로서 변호사-의뢰인 특권이 발전할 수 있는 제도적 토양이 있었고 그것이 필요하였다고 할 수 있다.⁶⁵⁾

대륙법계 국가의 경우 형사절차에서 실제진실 발견의 요청하에 증거제출이 강제된 것과 달리 민사절차에서는 증거제출을 통상 당사자의 임의의 결정에 맡기고 있었기에, 모든 절차에서 일반적으로 보장되는 특권 법리가 발달하지는 않았다. 때문에 대륙법계 국가에서는 형사절차에서 강제적 증거수집이 문제되는 압수수색 등의 국면을 중심으로 형사소송법 등에서 이를 규제하는 규정이 발전하여 왔다.

3. 헌법적 관점

가. 헌법에 근거하지 않음

변호사-의뢰인 특권은 미국 헌법이 제정되기 전에 이미 영국의 보통법에서 존재 하였던 것이 미국으로 전래한 것이기 때문에, 역사적으로 볼 때 동 특권이 연방 수정헌법과 밀접한 관련은 없었고, 이후에도 헌법 차원을 둘러싸고 논의되기보다 독자적으로 법리가 발전하여 왔다.⁶⁶⁾

65) *Upjohn v. United States*, 449 U.S. 383, 389 (1981); *Hunt v. Blackburn*, 128 U.S. 464, 470 (1888) (“법률지식을 갖고 있고 그 실무에 숙련된 자의 조력이 필요하다는 것에 근거한다. 그러한 조력은 증거개시라는 결과 또는 그 우려로부터 해방될 때에만 안전하게 그리고 기꺼이 이용 가능하다.”).

66) *Fisher v. U.S.*, 425 U.S. 391, 401, 96 S. Ct. 1569, 48 L. Ed. 2d 39 (1976).

나. 헌법에 연관될 수 있음

이러한 역사적 배경 때문에 연방헌법이 그 자체로 특권의 근거로 논의되어 오지는 않았다. 그러나 변호사-의뢰인 특권에 대한 정부의 침해는 그러한 침해가 발생하는 방식 및 그것이 변호사가 피고인에게 제공하는 조력에 미치는 실질적인 영향에 따라서, 압수수색에 관한 연방 수정헌법 제4조, 자기부죄거부특권에 관한 수정헌법 제5조, 변호인의 조력을 받을 권리 및 대면권에 관한 수정헌법 제6조, 적법절차에 관한 수정헌법 제14조 등과 관련한 헌법상 문제가 제기될 수 있다. 그 밖에 제1조의 표현의 자유와도 관련될 여지가 있다.

다. 판례의 태도

연방법원 판례들 역시 이 특권이 증거법상 특권에 불과한 이상 그 침해만으로는 곧바로 헌법적 권리의 침해가 발생하지 않는다는 점을 분명히 밝히고 있다. 이 침해가 헌법적인 문제를 발생하기 위해서는, 즉 헌법적 권리의 침해로 인정되기 위해서는 헌법의 각 조항에 관한 판례법에서 제시된 침해 요건을 충족해야 한다. 이에 대해서는 변호사-의뢰인 특권 침해 효과의 부분에서 후술한다.

관련하여 연방 제10 항소법원은 *Shillinger v. Haworth* 사건⁶⁷⁾에서 변호사-의뢰인 특권 침해에 대한 구제책에 관하여 판시하면서, 이 특권에 대한 침해가 “헌법 위반으로 되는 경우”에는 피고인의 상황에 맞는 적절한 구제수단을 강구, 실시함으로써 비밀침해로 인한 오염을 식별하고 무효화하여야 하는 것이며, 이를 통해서 연방헌법이 형사피고인에게 보장한 변호인의 조력을 받을 권리 및 공정한 재판을 받을 권리가 실효적으로 보장될 수 있다고 설시함으로써, 이 특권에 대한 침해가 경우에 따라서 연방 수정헌법 제6조 등 헌법이 보장하는 기본권 침해문제를 발생할 수 있음을 시사하고 있다.

67) *Shillinger v. Haworth*, 70 F.3d 1132, 1143 (10th Cir. 1995); Paul R. Rice, *Attorney-Client Privilege in the United States* (2020), § 10:1.

IV. 변호사-의뢰인 특권의 요건

의뢰인과 변호사 간에 교환된 정보가 비밀유지권이 인정되는 것이기 위하여서는 다음과 같은 네 가지 요구 조건을 충족시킬 것이 요구된다.⁶⁸⁾ 즉 대상인 ① 변호사와 의뢰인 사이의 ② 의사교환이 있을 것, ③ 기밀성이 있을 것, ④ 법적인 조력을 제공하거나 받기 위한 목적일 것이 그것이다.

1. 의사교환의 당사자

가. 변호사

(1) 업무 범위

동 특권의 기원인 16세기 영국에서는 이 특권이 변호사가 신사이기 때문에 갖는 미덕·고결(probity)에 반하여 사람의 비밀을 함부로 마음대로 사람에게 발설하는 것이 도덕적으로 옳지 않다는 신분윤리적 가치에 근거하였기에,⁶⁹⁾ 이 특권의 중점은 변호사라는 신분에 있었고 권리귀속 주체 역시 “변호사”로 한정되었다. 미국에서도 과거에 재판에서 당사자 본인이 자기 사건에서 증인이 될 수 없었던 제도 하에서 변호사가 심문 대상이 되었을 때, 변호사가 의뢰인과 한 대화의 증언을 거부하여 비밀을 지키고 품격을 유지할 수 있게 하는 것으로 설명되었다. 그러나 이는 반드시 법정변호사에 한하지 않는 방향으로 발전하여, 영국과 미국 모두에서 기본적으로 법정변론을 수행하는 변호사는 물론 자문변호사에게도 적용된다.

(2) 자격 요부 등

한편 여기의 변호사는 ‘의뢰인 내지 의뢰인이 되려는 자가 변호사인 것으로 합리적으로 믿은 자’도 포함된다.⁷⁰⁾ 따라서 다른 관할의 변호사나 외국에서 활동하는 변호사도 포함되고, 설령 변호사라고 거짓되게 가장한 자와 행한 의사교환도 의뢰인이 변호사인 것으로 합리적으로 믿었다면 특권으로 보호된다.⁷¹⁾ 다만 의뢰인의 이익에 부합하도록 행

68) United States v. United Shoe Machinery Corp., 89 F.Supp. 357, 358-59 (D.Mass. 1950).

69) Norman W. Spaulding, “The Privilege of Probity: Forgotten Foundations of the Attorney-Client Privilege”, 26 Geo. J. Legal Ethics 301 (2013).

70) Proposed Federal Rules of Evidence, Rule 503(a)(2)(1973).

동하는 자이어야 하므로, 소송 또는 법률행위에서 상대방의 변호사와 행한 의사교환에는 특권이 적용될 수 없다.⁷²⁾ 변호사에게 반드시 수임료를 지급하였을 것은 요하지 않는다.

나. 의뢰인

(1) 일반적인 경우

19세기에 이르러 사회 전반에 점차 신분법적 색채가 완화되면서, 종래의 신분윤리적 설명보다는 변호사와 행한 의사교환이 재판에서 공개될 수 있는 경우에 이를 꺼려 결국 변호사로부터 조력받기를 주저하게 된다는 의뢰인의 주관에 주목하기 시작하였다. 그 결과 변호사-의뢰인 특권은 차츰 변호사가 갖는 특권으로부터 의뢰인의 권리로 변화하였다.

20세기가 되어 의뢰인이 제공된 정보의 주체로서 갖는 권리가 강조되면서, 이제 이 특권은 의뢰인의 권리로 거의 정착되기에 이르렀다. 오늘날 동 특권의 포기는 오직 의뢰인의 결정에 의해서만 가능하며, Upjohn 판결⁷³⁾ 역시 이러한 점을 확인하였다. 전미 변호사 협회(ABA; the American Bar Association)는 이러한 특성 때문에 이 특권을 변호사-의뢰인 특권에서 의뢰인-변호사 특권으로 개칭할 것을 주장하기도 하였다.

(2) 기업, 법인 기타 조직 및 그 기관

의뢰인의 권리로서 변호사와 의사교환의 비밀보장에 대하여, 자연인인 의뢰인이 이를 향유하는 점에는 특별한 의문이 없다. 그러나 의뢰인이 기업 기타 조직일 때 이러한 권리를 주장할 수 있는가가 문제될 수 있다. 연방 수정헌법 제5조의 자기부죄거부특권처럼 자연인에게만 인정되는 특권일 여지가 없는가의 문제이다.

자연인이 형사절차에서 범죄혐의에 기해 진술, 문서 등 증거제출 요청을 받은 때에는 자기부죄거부특권을 주장하여 그 제출을 거부할 수 있다. 그러나 자연인 아닌 조직은 이른바 ‘조직 예외 법리(collective entity rule)’에 의해 자기부죄거부특권을 주장

71) United States v. Boffa, 513 F.Supp. 517, 523-25 (D.Del. 1981).

72) Restatement § 72.

73) Upjohn v. United States, 449 U.S. 383, 389 (1981).

할 수 없고,⁷⁴⁾ 따라서 그에 기해 증거나 문서제출을 거부할 수 없다. 자기부죄거부특권은 순수하게 육신의 존재를 전제로 육체적 고통을 느낄 자연인에게 인정되는 법적 이익이기 때문에, 인공적·의제적 법 주체에게는 보장되지 않는다.

이처럼 법인인 기업 등이 범죄주체인 형사사건에서는 자기부죄거부특권이 인정되지 않으므로 피고인의 방어권 행사에 변호인의 조력이 더욱 중요하다. 기업이 변호사와 의사교환한 내용의 비밀을 보장받음으로써 안심하고 구체적인 법적 조언을 얻을 수 있게 되는 점에서, 변호사-의뢰인 특권이 기업이 피고인인 형사사건에 있어서는 방어권 행사를 위한 최후의 보루로서 기능하고 있다.

한편 조직에 속한 개인이 조직의 기관인 경우에는 이른바 동일시 이론에 의해 조직과 동일하게 취급된다. 이에 조직의 문서에 대해서 기관 개인은 자기부죄거부특권을 주장할 수 없다. 그 결과 여기에서도 방어권 행사에 동 특권이 중요한 기능을 수행하게 된다.⁷⁵⁾

(3) 회사 내 일반 직원

앞서 보았듯 회사도 의뢰인으로서 변호사-의뢰인 특권의 귀속주체가 될 수 있다. 그러나 종래 회사가 의뢰인인 경우에 변호사에게 법률적 의견을 요구한 주체가 회사이기 때문에, 그 회사를 컨트롤하고 그 문제의 결정권한을 갖는 자인 경영진만이 특권의 대상이 된다는 견해(이른바 “control group test”)가 있었다. 이에 의하면 경영진이 아닌 일반 직원은 여기의 ‘회사’로 인정될 수 없어 일반 직원이 변호사와 한 의사교환의 경우에는 비밀유지권리를 보장받을 수 없게 되는 결과가 되었다.

그러나 이후 Upjohn 판결⁷⁶⁾에 따라, 회사의 업무에 관한 것이라면 사내 직책이나 지위를 막론하고 그 회사의 직원이 특권의 보호를 받는 의뢰인의 범위에 포함될 수 있다는 해석이 확립되었다. 변호사가 객관적으로 타당한 법적 조언을 제공하려면 회사 경영진뿐만 아니라 오히려 사실을 잘 알고 있는 현장 담당자(non-control group members)로부터 제반 관련사정을 청취해야 할 필요가 있고, 그에 의하여 전달된 정보가 비밀유지특권의 보호에서 제외되는 것은 불합리하다는 것이다. 다만 모든 정보가 특

74) Braswell v. United States, 487 U.S. 99 (1988).

75) Paul R. Rice, Attorney-Client Privilege in the United States(2020), § 10:1.

76) Upjohn v. United States, 449 U.S. 383, 389 (1981).

권의 보호대상은 아니고, 사내에서도 비밀성(confidentiality)이 있을 것이 요구된다.

2. 의사교환

가. 형태 및 방향

(1) 의사교환의 형태

변호사-의뢰인 특권의 보호요건으로서 의사교환은 이 특권으로 보호되는 주체가 특권에 의해 보호되는 또 다른 주체에게 정보, 문서, 기록 등을 전달하는 것 같은 의사표현(expression)을 의미한다. 이러한 의사교환은 대부분 문서 또는 구두로써 이루어지지만, 그 밖에 전화나 전신, 비디오/오디오의 녹화/녹음,⁷⁷⁾ 이메일⁷⁸⁾ 등 기술적인 방법을 통한 의사소통에도 적용되고,⁷⁹⁾ 또한 비언어적 의사교환, 즉 언어를 대체할 수 있는 몸짓이나 손짓 등 활동, 고개를 끄덕이는 것 등도 변호사에게 정보를 전달하기 위한 것이라면 여기의 의사교환에 포함된다.⁸⁰⁾ 또한 의사교환이 성공적으로 이루어진 경우뿐만 아니라 제3자 등에 의해 차단된 경우도 포함된다.⁸¹⁾

(2) 의사교환의 방향

의사교환의 방향에 관하여, 우선 의뢰인이 변호사에게 행한 의사교환은 당연히 보호대상이 되며, 반대로 변호사가 의뢰인에게 한 의사교환에 대해서도 특권이 적용될 수 있다.⁸²⁾ 의뢰인의 법률자문 요청에 따라 변호사가 법률 조언을 제공하는 문서를 작성한 경우에 그 문서의 전체 내용은 의뢰인으로부터 제공받은 정보를 기초로 한 내용, 변호사가 제3자로부터 받은 내용, 변호사가 리서치를 통해 획득한 내용 등으로 구성될 수 있고, 위 각 내용은 서로 구별되나 위 문서는 일단 변호사-의뢰인 특권에서의 ‘의사교환’에 포함될 수 있다.⁸³⁾

77) United States v. Spector, 793 F.2d 932 (8th Cir. 1986); Bishop v. Rose, 701 F.2d 1150 (6th Cir. 1983).

78) Paul R. Rice, Attorney-Client Privilege in the United States(2020), § 5:20.

79) 차진석, “변호사-의뢰인의 특권(Attorney-Client Privilege)을 침해한 증거의 형사소송법상 증거능력”, 재판자료 제129집, 법원도서관(2015), 225.

80) United States v. Kendrick, 331 F.2d 110, 113-14 (4th Cir. 1964).

81) Bishop v. Rose, 701 F.2d 1150 (6th Cir. 1983).

82) Upjohn Co. v. United States, 449 U.S. 383, 389, 101 S.Ct. 677, 682, 66 L.Ed.2d 584 (1981) (변호사-의뢰인 특권은 법적 조언을 얻기 위해 변호사에게 주어지는 정보뿐만 아니라 법적 조언에 따라 행동할 자에게 제공되는 전문적인 조언에도 존재한다).

나. 의사교환 자체에 한정

(1) 의사교환의 내용인 사실

특권은 특권으로 보호되는자들 간의 ‘의사교환’ 자체에만 적용되고, 의사교환의 내용을 구성하는 ‘사실’에는 적용되지 않는다.⁸⁴⁾ 예컨대 의뢰인이 증인이 된 경우 “변호사에게 상담하면서 무엇이라고 말하였습니까?”라는 질문에 대해 특권을 주장하여 답변을 거부할 수 있으나, 그가 경험하여 알고 있는 사실에 관한 질문, 즉 “무엇을 보았습니까?”라는 질문에 대해서는 그것이 변호사에게 상담한 내용인가 여부와 관계없이 증언이 요구된다.

또한 의뢰인의 신원, 의뢰인이 변호사와 협의한 사실 자체,⁸⁵⁾ 변호사 비용을 지급한 의뢰인 아닌 자의 신원, 변호사 비용 합의⁸⁶⁾에 관한 내용 등은 일반적으로 의사교환의 내용을 밝히는 것이 아니므로 그에 관한 증언이 요구되지만, 그것이 기밀 의사교환의 내용에 포섭되는 경우라면 특권이 적용된다.⁸⁷⁾

(2) 상담 시에 건넨 서증 그 밖의 증거

의사교환 자체를 문서로 행한 경우 그 문서에 특권이 적용된다. 그러나 의사교환 이전에 이미 작성되어 상담 시에 존재하고 있던 문서, 기록 등 증거를 변호사에 교부한 경우에 그 증거는 특별한 경우를 제외하면 특권의 대상이 되지 않는다.⁸⁸⁾ 다만 이미 특

83) 다만 변호사가 특권 없는 제3자에게 제공하는 의사교환은 그 내용과 관계없이 특권에 의해 보호되지 않는다 [Johnston v. Johnston, 499 A.2d 1074, 1077 (Pa.Super.Ct. 1985)].

84) Upjohn Co. v. United States, 449 U.S. 383, 395-96, 101 S.Ct. 677, 685-686, 66 L.Ed.2d 584 (1981)(특권의 보호는 의사교환에만 적용되고, 사실에는 미치지 않는다고 판시).

85) Colton v. United States, 306 F.2d 633 (2d Cir. 1962). 다만 이에 대하여 연방 하급심 판결들 간에 대립이 있다. 후술 V. 2. 다. 참조.

86) In re Grand Jury Subpoenas Dated Apr.19, 1978, 451 F.Supp. 969 (E.D.N.Y. 1978).

87) In re Grand Jury Proceedings (Pavlick), 680 F.2d 1026 (5th Cir. 1982)(일반적으로 의뢰인의 신원은 특권보호 대상이 아니나, 그것이 공개되었을 때 의뢰인이 기소되는 등의 증거로 사용될 경우에는 특권이 적용된다); 예를 들어, 국세청이 A에게 조세부과처분을 하였고, 이에 A가 변호사와 상담하였으며, 그 의사교환에 A의 성명과 그 조세를 회피할 수 있는 법적 수단이 포함되어 있다면, A의 신원에 관한 내용에는 특권이 적용될 수 없다. 그러나 A가 조세문제에 관해 변호사와 상담을 하였고, 그 의사교환에 A의 성명과 A가 막대한 금액의 조세를 부담하고 있다는 내용이 포함되어 있는데, 정작 국세청이 조세의무부담자가 A라는 사실을 모르는 경우, 위 의사교환 중 A의 신원에 관한 내용에는 특권이 적용될 수 있다(Restatement § 69). 다만 범죄의 수행 내지 방조와 관련하여서는 특권이 적용되지 않으므로, 마약조직원인 의뢰인이 같은 조직원들의 인적 사항을 변호사에게 알려준 경우 특권이 적용되지 않는다[United States v. Hodge & Zweig, 548 F.2d 1347, 1354-55 (9th Cir. 1977)]. 상세는 차진석, “변호사-의뢰인의 특권(Attorney-Client Privilege)을 침해한 증거의 형사소송법상 증거능력”, 재판자료 제129집, 법원도서관(2015), 226-227.

88) 예컨대 의뢰인 A가 조세 관련 법적 조언을 얻기 위해 A가 운영하는 회사의 회계담당자가 작성한 서류를 변호사에게 갖고 가 상담 받으면서 변호사에게 교부한 경우, 서류 자체가 자기부죄거부특권의 보호대상인 경우에

권의 보호대상인 문서는 여전히 특권으로 보호될 수 있다.⁸⁹⁾

3. 의사교환의 기밀성(In Confidence)

가. 의미 및 판단기준

(1) 의미

의사교환은 기밀로 이루어져야 한다.⁹⁰⁾ 의사교환의 기밀성은 그 의사교환 당시 변호사-의뢰인 특권을 보유하는 자 또는 이와 유사한 다른 특권을 보유하는 자를 제외하면 누구도 그 내용을 인지하지 못할 것이라고 합리적으로 신뢰할 수 있는 상황에서 한 의사교환인 때에 인정된다.⁹¹⁾ 또한 기밀성은 계속 유지되어야 하며, 만약 의사교환이 제3자에게 공개되는 경우 특권이 소멸한다.⁹²⁾

(2) 판단기준

제3자의 인지가가능성이 없다고 합리적으로 신뢰할 수 있는 상황이었는가는 그것이 이루어진 구체적 · 객관적 상황 등을 종합하여 판단한다.⁹³⁾ 예컨대 폐쇄된 변호사 사무실에서 변호사와 의뢰인 단 둘이서 행한 의사교환은 통상 비밀성이 인정될 것이다. 또 의사교환의 당사자가 의사교환을 비밀로 하려는 의도가 없다면 변호사-의뢰인 특권이 적용되지 않는다,⁹⁴⁾ 한편 의사교환 당사자가 의사교환 내용을 비밀로 유지하기 위한 합리적인 주의를 기울였다면 제3자가 이를 인지하였다더라도 특권이 적용된다.⁹⁵⁾

한하여 변호사-의뢰인 특권의 적용대상이 되기 때문에 상기 서류는 변호사-의뢰인 특권의 보호대상이 아니다[Fisher v. United States, 425 U.S. 391, 96 S.Ct. 1569, 48 L.Ed.2d 39 (1976) 참조].

89) A가 과거에 변호사 갑과 법률상담을 하면서 갑으로부터 제공받은 갑 작성의 법률상담 메모지를 다른 문제로 인한 법률상담을 얻을 목적으로 변호사 을에게 가져간 경우, 위 메모지는 당초부터 특권화된 특성을 보유하기 때문에 을의 영역에 있는 동안은 특권에 의해 보호될 수 있다(Restatement § 69).

90) United States v. Shibley, 112 F.Supp. 734 (S.D.Calif. 1953); United States v. Lopez, 777 F.2d 543, 553(10th Cir. 1985) 등 다수.

91) United States v. Tellier, 255 F.2d 441, 447 (2d Cir.); Wilcoxon v. United States, 231 F.2d 384 (10th Cir., 1956)(의사교환 주체의 주관적 기준이 아닌, 합리적인 사람이라면 그 의사교환을 다른 특권 대상자만 인식할 것으로 예상할 수 있는 상황이어야 한다).

92) 후술 IX. 특권의 포기 참조.

93) 차진석, “변호사-의뢰인의 특권(Attorney-Client Privilege)을 침해한 증거의 형사소송법상 증거능력”, 재판자료 제129집, 법원도서관(2015), 229.

94) 반대로 비밀로 하려는 의도가 있더라도 반드시 특권이 적용되는 것은 아니다; Schwartz v. Wenger, 124 N.W.2d 489 (Minn. 1963)(변호사로서 법원에 비밀 대화를 할 수 있는 여러 장소를 알고 있음에도 휴정시간에 법원 복도에서 의뢰인과 변호사가 다른 사람이 들을 수 있는 큰 목소리로 대화를 나누는 경우 비밀성이 부정된다).

95) Restatement § 71.

나. 제3자와 관계

(1) 제3자의 참여

의뢰인과 변호사 사이의 의사교환이 제3자가 참여한 상태에서 이루어졌다면 비밀성이 인정되기 어렵다.⁹⁶⁾ 그러나 그 의사교환이 다른 특권으로 보호되는 경우에는 비밀성이 인정될 수 있다. 예컨대 의뢰인과 변호사 간 의사교환에 의뢰인의 배우자가 참여한 때에 배우자에게는 이른바 배우자간 특권(husband-wife privilege)이 적용될 수 있으므로 교신의 기밀성이 인정될 수 있다.

(2) 제3자의 인식

정보를 제공받는 의사교환의 상대방이 다른 출처를 통하여 같은 정보를 이미 알고 있었더라도 무방하다. 반면 제3자에 대한 무분별한 의사소통, 즉 특권이 없는 일반 대중들에게 의사교환 내용이 전달되게 하는 것은 그 의사교환 주체가 기밀성을 인식하지 못하였거나 의도하지 않은 것으로 볼 수 있다.⁹⁷⁾ 이 경우 특권의 다른 요건인 법적 조력을 얻기 위한 목적으로도 볼 수 없을 것이다.

4. ‘법적 조력’을 제공하거나 받기 위한 ‘목적’

가. 법적 조력

의사교환의 목적은 의뢰인 또는 의뢰인이 되려는 자가 변호사이거나 변호사인 것으로 합리적으로 믿은 자가 법적 조력을 제공하거나 의뢰인 또는 의뢰인이 되려는 자가 이를 얻기 위한 것이어야 한다.⁹⁸⁾⁹⁹⁾ 법적 조력(legal assistance)에는 법률상담, 조

96) *United States v. Lopez*, 777 F.2d 543, 553 (10th Cir. 1985)(피고인과의 이익이 상반된 동료와 그 동료의 변호사와 사이에서 한 의사교환은 비밀성이 유지되지 않으므로, 동료의 변호사가 증언하는 것은 허용되어야 한다); *United States v. Lechoco*, 542 F.2d 84, 85 (D.C. Cir. 1976)(납치 피해자의 면전에서 변호사와 행한 의사교환은 비밀성이 있다고 볼 수 없다); 반면에 *Jean S. Harris v. New York* 103 S.Ct. 1448, 75 L.Ed.2d 803 (1983)(경찰관이 방에서 완전히 나가서 걷고 있는 도중에 변호사에게 전화통화를 통해 불쑥 던진 진술은 비밀성이 인정된다).

97) 제3자의 인식가능성이 없다고 합리적으로 신뢰할 수 있는 상황인가 여부는 그 의사교환을 행한 때의 구체적, 객관적 상황 등을 종합하여 판단한다. 차진석, “변호사-의뢰인의 특권(Attorney-Client Privilege)을 침해한 증거의 형사소송법상 증거능력”, 재판자료 제129집, 법원도서관(2015), 229.

98) Restatement § 72.

99) *State v. Cascone*, 487 A.2d 186, 189 (Conn. 1985); *In re So. Indus. Banking Corp.*, 35 B.R. 643, 648 (Bankr.E.D. Tenn. 1983).

인, 서면 준비, 소송대리, 그 밖에 변호사의 전문영역 내에서 관례적으로 수행되는 도움 일체가 포함된다.¹⁰⁰⁾

나. 목적

법적 조력을 제공하거나 받기 위한 목적이어야 하는바, 이러한 목적은 조력 제공자의 법률적·비법률적 업무수행의 범위와 한계, 의사교환의 특성, 동일 문제와 관련하여 이전에도 법적 조력을 제공하였는가 여부 등 관련 상황을 종합하여 판단된다.¹⁰¹⁾ 이에 의할 때 회사 내에서 주로 비법률적 업무를 수행하는 사내변호사와의 의사교환에는 특권이 적용되기 어렵다. 한편 전문적인 법적 지식을 조력 받을 목적에서 변호사와 상담하였다면, 설령 여기에 사업 관련 조언 또는 친구로서 위안을 얻을 부가적인 목적이 결부되었더라도 특권의 적용대상이 될 수 있다.¹⁰²⁾

V. 변호사-의뢰인 특권의 효력

1. 일반론

의뢰인과 변호사 간의 의사소통이라는 사실만으로 곧바로 의사교환에 특권이 인정되지 않으며, 특권의 존재 또는 그 행사사실 자체가 추정되지도 않는다. 때문에 특

100) 다만 세금 환급 업무와 관련하여, *United States v. Davis*, 636 F.2d 1028, 1043 (5th Cir.)는 '일상적으로 이루어지는 세금 환급을 위한 업무는 어느 정도의 법률적 지식이 필요할지라도, 회계서비스가 그 주된 것이므로 설령 변호사에 의해 그 업무가 수행되어도 그 의사교환은 특권에 의해 보호되지 않는다'고 판시하였다. 유사한 취지의 판결로 *In re Grand Jury Subpoena Duces Tecum (Dorokee Co.)*, 697 F.2d 277, 280 (10th Cir. 1983); *United States v. Frederick*, 182 F.3d 496 (7th Cir. 1999); *United States v. Gurtner*, 474 F.2d 297, 298-99 (9th Cir. 1973); *Olender v. United States*, 210 F.2d 795, 806 (9th Cir. 1954) 등.

101) *United States v. Wilson*, 798 F.2d 509, 513 (1st Cir. 1986) (변호사가 사업과 관련하여 협상자의 지위에서 업무를 수행한 경우); *Mission Nat'l Ins. Co. v. Lilly*, 112 F.R.D. 160, 163-65 (D.Minn. 1986) (변호사가 조정자로서 업무를 수행한 경우); *Arthur Anthony Rocco v. United States* 343 U.S. 927, 72 S.Ct. 761, 96 L.Ed. 1338 (1952)(도난된 유가증권을 매도하기 위해 대리인으로 변호사가 업무를 수행한 경우); *Art Board, Inc. v. Worldwide Bus. Exch. Corp.*, 510 N.Y.S.2d 973, 974 (N.Y.Cty.Ct. 1986)(변호사가 escrow agent로서 수행한 경우); *Bolyea v. First Presbyterian Church*, 196 N.W.2d 149, 154 (N.D. 1972)(단순히 대서인 내지 공증인(scrivener)으로서의 의사교환을 한 경우) 등에서 법적 조력을 얻기 위한 목적이 부인되었다.

102) 반면 친구로서 또는 의뢰인 사업의 조언가로만 의사교환이 이루어진 경우 특권 적용이 부인된다. *United States v. Tedder*, 801 F.2d 1437, 1442-43 (4th Cir. 1986) 등.

권을 주장하는 자는 특권을 행사하면서 상술한 특권의 요건을 충족하기에 충분한 사실을 법원에 제출하여야 한다.

법원은 당사자가 주장하는 변호사-의뢰인 특권의 인정 여부 등 특권에 관한 문제를 결정하고 증거배제 그 밖의 구제 여부를 결정할 고유한 권한을 갖는다. 당사자의 특권 주장이 기술한 요건을 충족하는 것으로 법원이 인정하였을 경우 그에 따른 보호는 절대적인 것으로 설명된다. 다만 후술하듯 특권에는 일정한 경우 예외가 인정된다.

2. 특권의 성립 및 효과

가. 일반론: 절대적 효력

(1) 의의

특권이 포기되지 않고 변호사-의뢰인 관계의 남용 그 밖에 다른 특권의 예외사유가 적용되지 않는 경우에 변호사-의뢰인 특권은 원칙적으로 절대적인 효력을 갖는 것으로 설명된다. 이에 상술한 요건을 충족하는 의사교환은 그 내용이 다른 출처로부터 획득될 수 있는가 여부와 관계없이 영구적으로 특권의 보호를 받고, 외부의 공개 요구에 대항하여 특권을 주장함으로써 공개를 거부할 수 있다.

(2) 업무성과물 원칙과 구별

한편 이 점에서 특권은 연방 민사소송규칙 제26(b)(1)에 따른 업무성과물 원칙(work-product doctrine)과 구별된다. 동 원칙은 만약 상대방 당사자가 과도한 어려움 없이 동등한 정보를 얻는 것이 불가능하거나 실질적 필요성이 있음을 입증하는 경우 “필요성의 예외”가 인정되어 극복될 수 있기 때문이다.¹⁰³⁾ 반면에 변호사-의뢰인 특권에는 이러한 예외가 없다. 이는 판례¹⁰⁴⁾에서도 설명된 바 있다.

103) *Vodak v. City of Chicago*, 2004 WL 783051 (N.D. Ill. 2004) (“The ‘substantial need’ and ‘undue hardship’ exception set forth in Rule 26 applies to the attorney work-product privilege and not attorney-client information... Thus, an assertion of attorney-client privilege may not be overcome upon a showing of substantial need and undue hardship.”).

104) *Admiral Ins. Co. v. U.S. Dist. Court for Dist. of Arizona*, 881 F.2d 1486, 28 Fed. R. Evid. Serv. 593, 14 Fed. R. Serv. 3d 562 (9th Cir. 1989). 동 판결은 그러한 예외가 동 특권의 인정근거와 일치하지 않는다고 판시하였다.

나. 효력범위

(1) 물적 범위

특권은 보호대상인 ‘의사교환’ 자체의 기밀을 보장한다. 따라서 의사교환의 내용을 구성하는 ‘사실’에는 적용되지 않으며,¹⁰⁵⁾ 의사교환 자체의 공개가 아닌 다른 방법에 의한 의사교환 내용의 공개를 방해하지 않는다. 앞서 ‘의사교환’에 대해 언급되었던 내용이 여기에 그대로 적용될 수 있다.

(2) 시적 범위: 의뢰인의 사후

변호사-의뢰인 특권은 의뢰인의 사망으로도 당연히 소멸하지 않고 포기 또는 예외사유가 인정되지 않는 한 지속된다. 이 문제는 연방대법원의 Swidler & Berlin 판결¹⁰⁶⁾에서 치열하게 논의되었다.

1993년 백악관이 직원을 해고한 사안에 관하여 연방범죄 혐의로 수사가 진행되었다. 당시 백악관 부대변인이었던 Foster는 수사를 받는 과정에서 외부 변호사에게 상담하고자 로펌 Swidler & Berlin의 파트너 변호사인 Hamilton을 만났다. Hamilton은 Foster와 2시간 여 상담하는 동안 3면 분량의 수기메모를 작성하였다. 그러나 핵심인물인 Foster가 이후 자살하여 연방 특별검사는 대배심 수사에서 Foster의 증언을 이용할 수 없었다. 따라서 특검은 차선택으로 남은 최량증거로서 변호사 Hamilton의 수기메모(handwritten notes)에 대하여 대배심을 통한 소환장(subpoena)을 발부하고 그 제출을 명하였다.¹⁰⁷⁾ 이에 Swidler & Berlin은 연방법원에 대배심이 발부한 위 소환장에 대한 항고를 제기하고 변호사-의뢰인 특권을 주장하였다. 지방법원은 이를 인용, 결정으로 소환장(subpoena)을 파기하였다.

반면에 연방 D. C. 항소법원은 1심의 위 결정을 취소하였다. 동 법원은 특권이 의뢰인의 사망 이후에도 존속할 필요가 있음을 긍정하면서, 의뢰인의 사후에 변호사-의뢰인 특권이 소멸한다는 특검의 주장을 기각하였다. 그러면서도 이에 대해 예외를 인

105) *Upjohn Co. v. United States*, 449 U.S. 383, 395-96, 101 S.Ct. 677, 685-686, 66 L.Ed.2d 584 (1981)(특권의 보호는 의사교환에만 적용되고, 사실에는 미치지 않는다고 판시).

106) *Swidler & Berlin v. United States*, 524 U.S. 399, 118 S.Ct. 2081, 141 L.Ed.2d 379 (1998).

107) 대배심과 달리 전문법칙의 엄격한 제한을 받는 공판절차에서 사용이 가능한가 여부는 분명하지 않다.

정하고자 하였다.

이에 동 법원은 의뢰인 사후의 특권 적용이 특권 인정의 효용을 감소시키지 않는 최소한의 예외에 의해 축소될 수 있다고 하면서, 대상 의사교환이 (1) 범죄 수사에 실질적으로 중요하고 (2) 다른 출처를 사용할 수 없는 경우에 그러한 예외가 발생한다는 이른바 “형량 테스트”를 채택하고, 사안의 경우에 이를 충족하므로 Hamilton에게 수기 메모를 제출하도록 명령하였다.

계속된 상고심에서, 연방대법원은 대법관 6인의 다수의견을 통해, 의뢰인의 사후에도 특권이 유효하게 존속하며, 원심이 실시한 예외가 인정될 수 없다고 하여 메모를 공개할 수 없다고 판결하였다. 특검은 이른바 “형량 테스트”를 주장하면서 유언에서 변호사-의뢰인 특권에 대하여 인정되는 예외가 의뢰인의 사후에 기밀 유지에 대한 이익보다 유산의 이익이 더 중요하다는 정책적 판단을 나타내듯 범죄수사에서도 정책적으로 수사상 이익이 더 중요할 수 있다고 주장하였으나, 연방대법원은 이러한 특검의 주장을 배척하였다.¹⁰⁸⁾

이에 대해 연방대법관 O'Connor, Scalia, Thomas 의 3인은 반대의견을 개진하였다. 이들은 무고한 형사피고인을 보호하고 다른 방법으로 증언을 이용할 수 없을 때에는 수사기관의 기밀 상담정보에 대한 강력한 법 집행 요구가 충족되어야 하며, 이러한 목적에서 법 집행의 공정성과 정확성이 특권 인정의 정당성을 능가한다는 원심 결정의 논리를 따랐다.¹⁰⁹⁾

(3) 절차적 범위

특권이 형사, 민사를 비롯한 법원의 사법절차에 적용됨은 물론이다. 한편 특권에 의한 기밀 보장은 행정절차에도 적용된다. 다만 헌법위반 아닌 단순한 특권 침해 행위로 획득된 1차 증거로부터 파생된 2차 증거는 이러한 절차들에서 사용될 수 있다는 것이 판례의 태도이다.¹¹⁰⁾

108) 다만 형량의 개념 자체를 부정하지는 않았다는 평가가 있다.

109) 다만 원심결정과 마찬가지로, 형량대상인 이해관계로서 고려되어야 하는 요소들에 대한 전체 고려의 범위에 대해서는 실시하지 않았다.

110) S.E.C. v. Finazzo, 360 Fed. Appx. 169 (2d Cir. 2009)(“administrative subpoena not subject to

다. 불이익한 추정 가부: 증거법적 효력

(1) 문제점

변호사-의뢰인 특권을 행사함에 따라 변호사와의 의사교환이 사법절차에 제출되거나 공개되지 않는 경우에, 특권 행사로부터 불이익한 추정을 행할 수 있는가가 논의될 수 있다. 예컨대 피고인이 고의 또는 위법성 인식이 없었음을 입증할 수 있는 증거로서 변호사로부터 받은 자문 등 내용이 특권행사에 기하여 제출 거부되었다는 사실은, 의뢰인이 그러한 법률 자문을 받은 바 없다거나 또는 받았더라도 그에게 불리한 의견이었을 것이라는 추론을 통하여 의뢰인에게 고의 또는 위법성의 인식이 있었을 것이라는 결론에 이르게 할 여지가 있다.

이러한 추론은 이른바 ‘missing witness’ 또는 ‘absent witness’ 이론의 변형으로 설명된다. 이 이론에 따르면, 중요한 쟁점인 사실문제에 대한 지식을 보유하고 당사자가 통제 및 이용 가능한 증인을 신청하지 않은 때에 그것이 합리적으로 설명되지 않는 경우에는 증언이 그에게 불리했을 것이라는 사실상 추정을 허용하며,¹¹¹⁾ 법원은 그 적용 여부에 관하여 넓은 재량을 갖는 것으로 인정되어 왔다.¹¹²⁾

(2) 판례의 태도

불이익추정의 가능성에 관한 법원의 판결은 주로 특허침해 관련 사건에서 나타났는데, 그 입장은 일관되어 있지 않다. 일부 연방 법원은 특허침해가 주장되는 행위를 한 행위자가 (고문)변호사로부터 조언을 받지 않았거나 획득하지 못한 경우에 배심원단이 이러한 사실을 특허침해의 고의성 여부 판단에 고려하거나 고의를 추정할 수 있다고 판결한 바 있다.¹¹³⁾

attack on a ‘fruit of the poison tree’ ground”); *F.T.C. v. Texaco, Inc.*, 555 F.2d 862, 879 (D.C. Cir. 1977) (Fruit of the poison tree argument held premature in a subpoena enforcement proceeding because “when the agency lacks the information to establish its case, administrative investigations would be foreclosed or at least substantially delayed.”).

111) *U.S. v. Cotter*, 60 F.2d 689, 691-92 (C.C.A. 2d Cir. 1932); *Graves v. United States*, 150 U.S. 118(1893). *Graves* 사건에서 법원은 ‘missing witness’ 또는 ‘absent witness’ 이론에 입각하여 “당사자가 그 거래를 명료히 밝히는 증언을 할 수 있을 것으로 보이는 증인을 신청(제출)할 수 있는 특별한(고유의) 권한이 있는 경우임에도, 당사자가 그렇게 하지 않는다는 사실은 그러한 증언이 제출된다면 그 당사자에게 바람직하지 않을 것이라는 추정을 발생한다.”라고 실시한 바 있다.

112) *In re Williams*, 190 B.R. 728 (D.R.I. 1996); Paul R. Rice, *Attorney-Client Privilege in the United States*(2020), § 10:8.

그러나 다른 연방 법원에서는 이를 고려할 수 없다고 판결한 바 있다. 특히 Knorr-Bremse Systeme Fuer Nutzfahrzeuge GMBH v. Dana Corp.¹¹⁴⁾ 사건의 경우, 선례¹¹⁵⁾를 폐기하고 특권 행사로부터 불이익한 추정을 허용하는 것이 위법하다고 판결하였다. 또 다른 항소법원에서는 특권 행사로부터 불이익한 추정이 금지되는 이상 당사자가 변호사에게 조력을 구한 사실, 그리고 특권을 행사하는 사실을 증거로 제출하는 것도 금지된다고 판시하고 있다.¹¹⁶⁾

반면에 다른 항소법원은 이와 달리 형사사건에서 변호사에게 조력을 구한 사실을 유죄의 증거로 사용하는 것이 허용된다고 판시한 바 있다. 예컨대 United States v. Alexander 사건¹¹⁷⁾에서는 마약 밀반입 공소사실로 연방 제1심에서 유죄판결을 선고 받은 피고인이 그 변호사와의 통화기록을 증거로 허용한 1심판결이 변호사-의뢰인 특권을 침해하였음을 이유로 항소한 사안이 문제되었다. 연방 제7 항소법원은 변호사-의뢰인 특권이 그 논리와 일치하는 한 가장 좁은 범위로 엄격히 제한된다는 오랜 확립된 원칙에 비춰볼 때, 1심판결이 변호사-의뢰인 특권을 침해하지 않았으며, 의뢰인이 그 수사물이 압수된 직후 변호사에게 전화를 건 사실을 의뢰인에게 불이익한 정황증거로 사용하는 것이 허용된다고 판단하였다.¹¹⁸⁾

113) *Fromson v. Western Litho Plate and Supply Co.*, 853 F.2d 1568 (Fed. Cir. 1988) (“Where the infringer fails to introduce an exculpatory opinion of counsel at trial, a court must be free to infer that either no opinion was obtained or, if an opinion were obtained, it was contrary to the infringer’s desire to initiate or continue its use of the patentee’s invention.”); *IMX, Inc. v. Lendingtree, LLC*, 2006 WL 38918, *1 (D. Del. 2006) (“fact that no opinion of counsel on the issue of infringement was acquired by defendant may be considered by the trier of fact in its willful infringement analysis.”).

114) *Knorr-Bremse Systeme Fuer Nutzfahrzeuge GmbH v. Dana Corp.*, 383 F.3d 1337, 1344-47, 65 Fed. R. Evid. Serv. 365 (Fed. Cir. 2004) (“an adverse inference may not be drawn (1) with respect to willful infringement when the attorney-client privilege or the work product immunity are invoked in infringement suits, and (2) with respect to willful infringement when a defendant in a patent infringement suit has not obtained legal advice.”); *Golden Blount, Inc. v. Robert H. Peterson Co.*, 438 F.3d 1354, 1368 (Fed. Cir. 2006) (“As we explained in *Knorr-Bremse*, this court’s precedent had (until that point) aided the patentee in making its case on willfulness by permitting the trier of fact to infer from an alleged infringer’s failure to produce an opinion letter that such an opinion, if rendered, was or would have been unfavorable to the alleged infringer.”).

115) *Fromson v. Western Litho Plate and Supply Co.*, 853 F.2d 1568 (Fed. Cir. 1988).

116) *Parker v. Prudential Ins. Co. Of America*, 900 F.2d 722, 775 (4th Cir. 1990); *McKesson Information Solutions, Inc. v. Bridge Medical, Inc.*, 434 F. Supp. 2d 810, 812 (E.D. Cal. 2006); Paul R. Rice, *Attorney-Client Privilege in the United States*(2020), § 10:8 참조.

117) *U.S. v. Alexander*, 37 F.3d 1501 (7th Cir. 1994).

한편 다른 항소법원에서는 특권 행사를 행사자에 불이익한 사실판단 추정 자료로 사용할 가능성을 전면적으로 배제하지 않으면서도, 그에 내재된 위험을 인식하여 그러한 추정만으로는 주관적 요건을 입증하기에 충분하지 않다고 판시하여 증명력을 제한하기도 한다.¹¹⁹⁾

이러한 추정의 인정에는 여러 비판이 제기된다. 우선 특정 행위에서 변호사로부터 의견을 받도록 의무를 부과하는 것과 사실상 유사한 결과가 될 수 있다는 점이다. 일부 연방 항소법원은 변호사에게 의견을 구하지 않은 사실이 귀책사유를 입증하는 간접사실이 되어서는 안 된다고 강조하면서 변호사로부터 의견을 받을 의무는 없다는 점을 지적한다.¹²⁰⁾ 향후 있을 수 있는 잠재적 소송에서 불이익 추정을 막고 증거제출 등 활용을 예상하여 명목상으로 거짓 의견서를 작성하고, 진짜 의견은 사후에 규명이 곤란한 구술 등 다른 대체수단을 통해 전달하는 편법이 조장될 수 있다는 지적도 제시된다.

변호사로부터 받은 의견서에 왜곡 없이 의뢰인에게 유리한 의견이 담긴 경우에도 그것이 사건의 다른 쟁점에서 예상치 못한 약점을 드러낼 수 있는 경우가 있을 수 있고, 또는 미래 사건의 잠재적인 상대방이 이용할 경우 의뢰인의 이익에 악영향을 끼칠 수 있는 정보가 공개될 수 있기에 그 내용을 공개하기 원하지 않는 경우가 있을 수 있는 점도 문제이다.¹²¹⁾ 게다가 의뢰인이 수 인의 변호사로부터 서로 다른 의견을 얻었을 수도 있고, 한 의견을 제출하는 때에는 그와 반대되는 모든 의견을 함께 공개하여야 하는 부담도 있다.¹²²⁾

(3) 관련문제

상술한 불이익추정이 부적절하다고 볼 경우, 의뢰인이 자기 변호사를 증인으로

118) U.S. v. Alexander, 37 F.3d 1501 (7th Cir. 1994)(“the attorney-client privilege, and this court has held the attorney-client privilege is “intended ‘to be strictly confined within the narrowest possible limits consistent with the logic of its principle.’”).

119) Electro Medical Systems, S.A. v. Cooper Life Sciences, Inc., 34 F.3d 1048, 1057 (Fed. Cir. 1994).

120) In re Seagate Technology, LLC, 497 F.3d 1371. 다만 특허사건에서 이른바 ‘유도침해’의 입증에 관하여는 이와 다를 수 있다는 연방 항소법원 판결[Broadcom Corp. v. Qualcomm Inc., 543 F.3d 683 (Fed. Cir. 2008)]이 있다.

121) Paul R. Rice, Attorney-Client Privilege in the United States(2020), § 10:8.

122) Paul R. Rice, Attorney-Client Privilege in the United States(2020), § 10:8.

부르지 않았다는 사실로부터 유사한 추정을 행하는 것도 부적절함이 주장된다. In re Williams 사건¹²³⁾에서 법원은 이러한 입장을 취하였다.¹²⁴⁾

특권 행사를 이유로 한 불이익추정이 허용되지 않는다고 보는 입장에서는 판결에서 이를 행한 경우 구제수단이 논의될 수 있다. 이러한 추정이 개별 사건의 맥락에서 갖는 의미 및 추정이 주장된 횟수, 또는 특권이 행사된 쟁점의 중요성 등에 따라서는, 형사사건에서 원심판결 파기사유에 이르는 경우가 있을 수 있다.¹²⁵⁾

한편 의뢰인이 특정 의사교환에 대하여 특권을 주장했고 법원이 이를 기각하였음에도 그 공개를 계속 거부하는 경우 불이익 추정은 적법하다.¹²⁶⁾

VI. 변호사-의뢰인 특권의 행사 절차

1. 행사 및 판단주체

가. 행사주체

변호사-의뢰인 특권의 행사주체는 의뢰인 또는 변호사이다. 의뢰인이 되거나 되려는 사람이 모두 특권을 행사할 수 있다. 의뢰인이 법인인 때에는 그 소속 임직원도 일정한 경우에 주체가 될 수 있다. 합병 등 포괄승계의 경우 피승계인이 특권을 행사할 수 있다. 반면에 자산을 이전 받은 자 등 특정승계인은 원칙적으로 특권을 행사할 수 없다.

123) In re Williams, 190 B.R. 728 (D.R.I. 1996).

124) 이 사건에서 법원은 이른바 ‘missing witness’ 또는 ‘absent witness’ 이론에 따른 불이익추정이 가능한 세 가지 경우로서 실종 증인이 유리한 입장으로 작용될 수 있는 당사자에 대한 경우, 당사자가 특별히 통제할 수 있는 범위 내에서 중요한 증인을 신청하지 않은 경우, 관련성 있고 중복되지 않은 증언을 제공할 수 있는 증인을 독점적으로 통제하는 당사자가 해당 증인을 신청하지 않은 경우를 전제한 후, 변호사가 증인이라는 이유만으로 추론이 허용되는 세 가지 경우에 포함된다고 볼 수 없고, 증인인 변호사가 의뢰인인 당사자에게 명백하게 호의적인 태도를 보였다는 점을 의뢰인의 상대방인 당사자가 입증하지 않는 이상 ‘missing witness’ 또는 ‘absent witness’ 이론에 의한 불이익추정은 부적절하다고 판시하였다. In re Williams, 190 B.R. 728 (D.R.I. 1996).

125) Paul R. Rice, Attorney-Client Privilege in the United States(2020), § 10:8.

126) Bayer AG v. Housey Pharmaceuticals, Inc., 169 F. Supp. 2d 328 (D. Del. 2001).

나. 판단주체

특권의 존부 및 그 예외 여부에 관한 판단은 사법부의 전속적 권한이며, 법원만이 최종적으로 판단할 수 있다.

2. 행사 절차

가. 형사절차

형사절차, 특히 공판 전의 압수수색 단계에서 변호사-의뢰인 특권은 통상적으로 지방법원에 영장 자체에 대한 불복(헌법위반에 한정) 또는 그 집행에 대한 불복신청과 함께 압수물 반환을 구하거나, 또는 지방법원에 (대배심 등에서 발부한) 소환장에 대한 불복을 제기하면서 특권을 주장하여 행사한다. 공판정 증인으로서 증언 중에 행사하는 경우에는 연방증거규칙 103(a)(1)¹²⁷에 따라 법정에서 특정한 근거와 함께 시의적절하게 이의제기를 진술하여야 한다.

나. 민사절차

민사소송에서 특권은 통상적으로 상대방의 기밀 자료의 공개 요구에 대하여 또는 공판정에서 증언 중 신문에 대하여 각 거부사유로서 특권을 주장하여 공개를 거부함으로써 행사한다. 공판정 증인으로 증언 중에 행사하는 경우 역시 연방증거규칙 103(a)(1)에 따라 법정에서 특정한 근거와 함께 시의적절하게 이의제기를 진술하여야 한다.

다. 의뢰인의 참가신청

외부 제3자가 원고가 되어 의뢰인의 변호사를 피고로 소송을 진행하는 특권 자료 개시청구에 대하여, 변호사는 의뢰인의 특권을 대신 주장할 수 있다. 한편 그와 별도로 위 소송의 당사자가 아닌 의뢰인으로 하여금 자기의 기밀 자료를 법원의 절차에 직접 참여하여 보호할 수 있는 기회를 부여하고자, 연방 민사소송규칙 24(a)는 의뢰인의 참가를 규정하고 있다.

127) 연방증거규칙 제103(a)(1) (A)에서 시의적절한 이의제기("timely objects ...")를, (B)에서 특정한 근거의 진술("states the specific ground).”을 요구하고 있다. 다만 동 조에 구체적인 절차는 규정되어 있지 않다.

참가신청이 있는 경우에 법원은 허부를 결정하며, 이에 대하여는 의뢰인의 불복이 가능하다. 참가를 허용하였으나 특권인정이 거부된 경우 의뢰인은 그 결정에 대하여도 불복할 수 있다. 한편 의뢰인이 신원을 밝히는 것이 기밀성을 훼손하는 경우에는 그 사유를 소명하여 이를 밝히지 않는 것도 허용된다.

라. 공판정 증언 시 보호명령 청구

특권 주장자는 사전에 연방 민사소송규칙 26(c)에 따라 일정 사항을 소명하여 특권 보호대상인 특정 주제에 대한 질문을 배제하는 보호명령을 받을 수 있다. 이는 공판중에도 가능한바, 예컨대 의뢰인이 증언 중에 특권 보호 대상에 대한 질문이 있을 수 있으므로 변호사는 사전에 의뢰인에게 특권 대상 질문에 대답하지 않도록 지시하고, 질문이 있는 경우 즉시 보호명령을 구하여 후속 결정을 기다릴 수 있다. 몇몇 법원에서는 이를 신속히 처리하기 위하여 증언 도중에 특권 유무 관련 분쟁 해결에 필요한 증거를 전화 통화 등으로 수집할 수 있도록 허용하고 있다.

3. 행사 시기

가. 형사절차

압수수색영장의 집행 시에 특권을 행사하여 이를 다투거나, 영장 또는 소환장 자체에 대하여 불복하면서 특권을 주장할 수 있다. 후자의 특권 주장은 영장 또는 소환장의 불복기간 내에 하여야 한다.¹²⁸⁾ 다수 연방 지방법원의 관내 규칙들은 우선적으로 법원에 특권 분쟁의 해결을 신청하기에 앞서 비공식적으로 정보 교환 및 협의에 참여하도록 요구하고, 이것이 해결되지 않은 경우에 법원에서 분쟁을 해결하도록 하고 있다.¹²⁹⁾

한편 형사 및 민사에서 모두 공판정 증언 과정에서 특권을 주장하는 경우에는 연방증거규칙 103(a)(1)에 따라 시의적절하게 이의제기를 진술하여야 하는바, 구술 증인 신문에서의 질문에 대해서는 실무상 질문을 들은 직후, 또는 그 후라도 가능한 한 빠른 시간 내에 제기하여야 한다.

128) Paul R. Rice, Attorney-Client Privilege in the United States(2020), § 11:3.

129) Paul R. Rice, Attorney-Client Privilege in the United States(2020), § 11:14.

나. 민사절차

민사절차의 경우 일반적으로 소송 당사자가 디스커버리 절차에서 행한 기밀자료 개시청구에 대항하여 특권을 행사하는 경우 개시청구 송달일로부터 30일 이내에,¹³⁰⁾ 소환장에 의한 기밀자료 개시청구에 대항하여 특권을 행사하는 경우 소환장 송달일로부터 14일 이내에¹³¹⁾ 각 개시청구에 대하여 이의제기를 제출하는 방식으로 특권을 행사하여야 한다. 다만 이 기간 내에 후술할 ‘프리빌리지 로그(privilege log)’까지 함께 제출되어야 하는 것은 아니다.

연방민사소송규칙 제7조는 제출거부(objection)의 ‘법적 근거(ground)’만을 명시하도록 규정하므로, 최초에는 “제출 요구하는 문서는 특권에 의하여 보호되는 문서입니다”와 같은 결론만을 제출하며, 특권 주장의 세부적인 사실적 근거까지 제출하지 않아도 무방하다. 법원은 일정한 제출기간을 설정하고 연장할 수 있지만 그 제출에 설정된 기간을 준수하지 않는 경우 특권의 일부 또는 전부 포기로 간주하거나, 또는 지연에 따른 비용 납부 명령 등 일정한 제재를 부과할 수 있다.¹³²⁾

4. 구체적 검토: 압수영장 집행 시의 행사

가. 압수 집행 및 특권 주장 절차

(1) 압수 집행 개시

수사기관은 법원으로부터 영장을 발부받아 목적물의 압수수색을 집행할 수 있다. 그러나 압수수색의 상대방 측은 압수된 목적물을 열람하고 그 중에서 변호사-의뢰인 특권으로 보호되는 목적물을 압수대상에서 배제할 것을 요구할 수 있다.

130) Fed. R. Civ. P. 33(b)(2) (“The responding party must serve its answers and any objections within 30 days after being served with the interrogatories. A shorter or longer time may be stipulated to under Rule 29 or be ordered by the court.”).

131) 연방민사소송규칙(Fed. R. Civ. P.) 34(b)(2)(A) (“production of documents. Objections to non-party subpoenas generally are due within 14 days of service.”); 연방민사소송규칙(Fed. R. Civ. P.) 45(d)(2)(B) (“The objection must be served before the earlier of the time specified for compliance or 14 days after the subpoena is served.”). 다만 이 규칙들은 비공개심리(in camera) 절차에 의할 것인가 여부 등 청구를 해결하기 위한 구체적 절차에 관하여 정하고 있지 않다.

132) Paul R. Rice, Attorney-Client Privilege in the United States(2020), § 11:8.

(2) 특권 주장: 대상물 봉인

수사기관은 위와 같은 요구를 무시하고 압수수색을 계속할 수도 있으나, 그 경우 변호사-의뢰인 특권으로 보호되는 목적물에 대한 압수를 최소화하도록 조치할 의무¹³³⁾에 위반하였음을 이유로 향후 특권 침해 및 압수의 효력에 관한 분쟁이 발생할 여지가 있다. 따라서 통상적으로 수사기관은 위와 같은 배제요구가 있으면 목적물의 내용 확인 없이 일단 봉인하며, 이를 요구한 측에게는 특권을 주장하는 대상물을 특정하고 성격 및 근거를 확인하기 위해서 후술할 “프리빌리지 로그(privilege log)”의 제출이 요청될 수 있다. 대상물에 대한 “프리빌리지 로그(privilege log)”는 통상 배제를 요구하는 당사자의 변호사 등에 의해 작성되어 수사기관에 제출된다.

(3) 특권 대상에 대한 사전 합의

수사기관은 압수 상대방의 변호사 등 특권 주장자 측이 작성한 “프리빌리지 로그(privilege log)”만 확인할 뿐 봉인된 대상물의 내용을 직접 확인할 수는 없고 그 상태에서 대상물이 특권의 보호대상인가 여부를 검토하며, 특권을 주장하는 압수수색의 상대방과 보호범위를 협의하여 의견이 합치되지 않으면 결국 압수영장 집행에 대한 불복 및 분쟁이 발생하게 된다.

(4) 압수 집행에 대한 불복

이런 경위로 영장 또는 그 집행에 대한 불복이 신청된 경우에 이를 받은 지방법원은 영장의 합헌성, 특권의 존부 및 그와 관련한 영장집행의 적법성에 관하여 판단한다. 이 과정에서 법원에 다시 “프리빌리지 로그(privilege log)”가 제출되며, 법원은 이를 바탕으로 특권의 보호대상 여부에 대한 다툼 있는 자료에 대해서 특권 여부를 심리하게 된다.

나. 법원의 심리 및 판단

(1) 특권 분쟁의 심리

특권 보호 여부에 다툼 있는 자료는 법원에 제출되어 인 카메라(in camera)절차

133) Klitzman, Klitzman and Gallagher v. Krut, 744 F.2d 955 (3rd Cir. 1984); 후술 VII. 4. 가. 이하 참조.

에서 심리된다. 이 절차에서는 많은 법원이 대상 자료 자체를 증거로 인정하고 있다. 자료의 분량이 방대하거나 복잡한 등의 사안에서는 법원이 직접 대상 자료를 검토하는 대신에 제3자, 즉 스페셜 마스터(special master) 또는 필터 팀(filter team)으로 하여금 이를 수행하게 할 수 있다.¹³⁴⁾

이는 특권 보호 여부에 다툼 있는 자료를 일단 수사기관이 입수, 그 내용을 확인하게 되면 수사기관은 이미 그 정보에 오염되어 버리므로, 향후 특권 주장이 인용되어 그 문서가 증거에서 배제되거나 특권 침해행위의 위헌성까지 긍정되어 압수 효력이 부인되고 대상물이 환부되더라도 수사기관이 그 내용을 모르는 상태로 돌아가기가 사실상 곤란하기 때문이다. 이에 따라 대상 자료에 대한 특권의 보호여부에 대하여 법원이 판단을 내리기 전까지는 수사기관이 압수 대상 자료의 내용을 모르는 상태를 유지할 필요가 있다.

결론적으로, 압수수색 상대방이 변호사-의뢰인 특권을 주장할 경우 대상물은 일단 봉인되고, 수사기관과 합의가 성사되지 않을 경우 영장 집행에 대한 불복절차에서 특권의 보호대상이 아님이 확인된 후에 수사기관이 이를 획득할 수 있다.

(2) 법원의 판단

법원이 대상 자료가 특권의 보호대상임을 인정하는 경우에는, 영장 자체의 헌법 침해가 인정될 경우 영장의 효력을 부인하거나 또는 집행의 헌법침해가 인정되는 경우 집행의 효력을 부인할 수 있으므로 향후 증거사용 배제는 물론 환부청구까지 인용할 수 있다. 반면에 헌법침해가 인정되지 않는 단순한 특권 침해, 예컨대 수사기관이 필터 팀(filter team)을 운용하는 등 특권 침해의 최소화를 위해 노력하였으나 일부 부주의가 개재되어 특권 침해 자료가 일부 포함된 때에는 그 증거사용을 배제할 뿐이며, 압수물의 환부는 인용되지 않는다.

134) 스페셜 마스터(special master)는 주로 법관, 부판사(magistrate) 나 제3의 변호사가 임명되는 반면, 필터 팀(filter team, 또는 테인트 팀(taint team))은 수사팀이 아닌 별도의 중립적인 제3의 검사팀이 임명된다. 그러나 후자의 경우 수사주체와 완전한 절연에 한계가 있을 수 있다. 당사자는 전자를, 수사기관 측은 후자를 선호하는 경향이 있다. 상세는 한애라, “의뢰인-변호사 간 비밀유지권에 관한 검토 및 개선방향”, 법조 제68권 제4호, 법조협회(2019. 8.), 239 이하 참조.

5. 주장의 특징: 프리빌리지 로그(privilege log)

가. 의의

특권 주장자는 이를 주장하는 개개의 의사교환을 특정하고 이를 증명함이 원칙 인바, 문서의 경우 기본적으로 개별 문서별로 주장되고 판단되어야 할 것이다. 그러나 이를 검토하고자 대상 자료들을 처음부터 하나하나 확인하는 것은 번거로운 데다 기밀 유출 우려가 있기 때문에, 주장을 특정하고 그 근거의 개요를 제공하기 위한 대체 수단으로 통상 ‘프리빌리지 로그(privilege log)’가 사용된다.¹³⁵⁾

프리빌리지 로그의 제출에 관하여 많은 법원은 2단계 절차를 취하고 있다. 우선 당사자는 프리빌리지 로그를 제출함으로써 주장의 특정성을 갖추어 특권을 주장한다. 다음으로 상대방이 이의를 제기하면, 특권 주장자는 추가 증거를 갖추어 프리빌리지 로그를 보완한다.

특권 주장자는 개별 특권 주장마다 대상을 특정하고 각 요건사실을 주장 및 입증할 책임이 있다. 이를 위한 프리빌리지 로그 및 선서진술서의 준비에는 특권 주장 대상인 자료를 설명할 때 관련 세부 사항이 너무 적거나 많지 않도록 최적화된 균형점을 찾는 어려운 작업을 수행하여야 한다. 특권 대상성에 대한 결정이 법원의 ‘추측 게임’이 되어서는 곤란하며, 반대로 과도하게 상세한 설명 제공이 기밀을 누설하거나 특권 포기 오도될 소지도 있기 때문이다.¹³⁶⁾

나. 특정의 구체성

(1) 원칙: 개별적 특정

변호사-의뢰인 간 의사교환에 대한 제출 요구에 대항하여 개개 의사교환에 대한 세부사항 및 경위를 고려함이 없이 변호사-의뢰인 특권 주장에 따라 일체의 제출을 거부하는 것은 적절치 않기에, 그 거부에는 특권 주장 대상 및 근거가 가능한 한 구체적으로 특정되어야 한다. 따라서 프리빌리지 로그에는 원칙적으로 개별 자료, 예컨대 개별

135) Faul R. Rice, Attorney-Client Privilege in the United States(2020), § 11:8.

136) Faul R. Rice, Attorney-Client Privilege in the United States(2020), § 11:6.

문서별로 각 특권 주장 대상으로 특정되고 근거가 제시되어야 하며, 문서 일부가 편집된 경우 개개 편집부분에 대한 설명이 제공되어야 한다.¹³⁷⁾ 또한 필요한 경우 개별 문서에 담긴 내용에 대해서도, 예컨대 각 줄마다 특권 주장 및 설명이 제시되는 경우도 있다.

(2) 예외

다만 특정한 상황에서 당사자가 강제적 제출에 대항하여 특권을 주장하는 모든 자료에 대하여 개별 자료 별 프리빌리지 로그를 작성하는 것이 과도한 부담인 경우에는 사실관계와 법적 유사성을 공유하는 문서 그룹에 대하여 이른바 ‘범주형 프리빌리지 로그(categorical privilege logs)’ 작성이 허용되기도 한다.¹³⁸⁾ 그러나 특권 주장 및 프리빌리지 로그의 작성이 포괄적이어서 법원이 개개의 자료에 대해 각 특권의 요건 충족 여부를 판단할 수 없는 경우에 법원은 특권 주장을 기각할 수 있다. 다만 이를 곧바로 기각하기보다는 일단 보완 기회를 부여함이 일반적이다.

다. 기재사항

(1) 개관

프리빌리지 로그에 기재되는 세부 사항에는 통상 다음 사항이 포함된다.¹³⁹⁾

- ① 의사교환(문서)의 형식·유형(예: 편지, 메모)
- ② 작성자의 이름 및 직책
- ③ 의사교환(문서)이 전달(수신)되거나 복사 받은 사람의 이름 및 직책(예: 영업 담당 부사장 ○○○로부터 수석부사장 겸 법률고문 ○○○에게)
- ④ 작성일자(예: ○○○○년 ○○월 ○○일자)
- ⑤ 문서 사본을 받은 사람의 이름 및 직위(예: 생산 담당 부사장 ○○○, ○○○에게 각 사본 교부)
- ⑥ 문서의 내용 및 목적에 대한 일반적인 설명(예: 이 사건 분쟁 대상인 제품의 유통 및 마케팅 계획에 관한 법률 자문).

이하에서 각 내용에 관하여 개관한다.

137) Faul R. Rice, *Attorney-Client Privilege in the United States*(2020), § 11:8.

138) Faul R. Rice, *Attorney-Client Privilege in the United States*(2020), § 11:8.

139) Faul R. Rice, *Attorney-Client Privilege in the United States*(2020), § 11:8.

(2) 의사교환(문서)의 형식·유형

의사교환(문서)의 형식 및 유형은 그 자체가 문서의 내용 및 이를 배포 받은 사람들의 신원정보의 출처가 될 수 있다. 예컨대 회사 대표이사가 경쟁업체와 회의 중 작성하여 사내변호사에게 보낸 자필 필기 메모는, 같은 변호사에게 보낸 독점금지법적 영향에 대한 조언을 요청하는 회사 공문과 비교하여 다른 규율을 받게 될 수 있다. 또한 이메일의 경우에 단일 이메일인가 아니면 일련의 송부와 회신과정이 하나로 묶인 전체 이메일 체인인가가 혼동될 수 있는 때에는 프리빌리지 로그에 기록되는 문서가 단일 이메일 또는 일련의 체인 중에 무엇인가를 명확히 해야 한다.¹⁴⁰⁾

(3) 작성자 및 수신자의 이름과 직책

변호사-의뢰인 간 의사교환에 대하여 특권 보호가 제공되므로, 특정 문서를 주고받는 사람(수신인 및 참조 또는 숨은 참조)의 이름 및 직책은 특권의 요건으로 중요하다. 우선 특권 주장자는 문서 작성자가 의뢰인이거나, 법인인 의뢰인의 대리인이거나, 또는 의뢰인의 법률자문·조력 요청에 답한 변호사임을 입증하여야 한다. 문서 작성자가 스스로의 자격으로 행동한 개인인 경우에는, 문서 내용에서 확인된 의사교환의 의도에 따라 의뢰인 여부가 결정된다. 반면에 법인의 대리인인 경우, 특권 주장자는 자신이 고용계약상 책임 범위 내에서 어떤 문제에 대해 변호사와 한 의사교환임을 입증하여야 한다.¹⁴¹⁾

수신인은 법률 자문을 구한 변호사이거나, 또는 법인 의뢰인인 경우 사내변호사에게 법률상담을 전달하는 다른 피고용인일 수 있다. 변호사가 문서 작성자인 경우에는 수신인은 그의 대리인이거나 또는 조력을 제공받는 의뢰인의 대리인으로 표시되어야 한다.¹⁴²⁾

또한 수신인이 사내변호사인 때에, 그의 직함은 법인인 의뢰인의 경영관리 구조 내에서 책임을 나타낼 수 있다. 이는 의사교환의 목적이 비즈니스 차원인가 또는 법률적인 것인가를 평가함에 중요한 요소일 수 있다. 공개된 호칭은 각 개인의 책임에 대한

140) Faul R. Rice, Attorney-Client Privilege in the United States(2020), § 11:8.

141) Faul R. Rice, Attorney-Client Privilege in the United States(2020), § 11:8.

142) Faul R. Rice, Attorney-Client Privilege in the United States(2020), § 11:8.

진술과 함께 의미가 판단된다. 법적 자문을 제공할 자격이 있다는 믿음을 정당화하는 배경 역시 제출되어야 한다.¹⁴³⁾

한편 특히 문서 위에 수기로 표기된 개별 기재의 경우 법률적 문제와 맞닿아 있는 것이더라도 변호사 아닌 사람이 기재한 경우가 적지 않기 때문에, 이와 같은 경우에 기재주체 특성이 특권주장의 타당성여부와 관련하여 종종 문제 되기도 한다.

(4) 의사교환(문서)의 작성일자

의사교환(문서)의 작성 일자는 제출이 요구된 기간 내의 문서인가를 식별하거나 관련성을 결정하는 기능을 수행한다. 또한 문서와 관련된 사람들(예컨대, 작성자, 수신인, 복사물의 수취인, 2차 배포자 등)의 책임 판단이나, 특권의 적용 전제인 변호사-의뢰인 관계의 개시/종료에 따른 보호여부의 판단 자료가 된다.¹⁴⁴⁾

나아가 작성일자는 의사교환(문서)을 그 주변 상황과 종합하여 평가하여야 하는 경우, 예컨대 범죄/사기 예외에서 법률자문의 범죄목적 등 대상 의사교환의 의미와 의도를 범죄계획 수립시기 등에 견주어 판단함에 있어서 중요할 수 있다. 같은 맥락에서 문서의 날짜는 그 문서의 준비상황 및 1차 수배포자가 그 사본을 배포하였을 가능성이 높은 2차 수배포자들을 찾아내는 자료가 될 수 있다.¹⁴⁵⁾

(5) 의사교환(문서)의 2차 수배포자

이는 기밀성의 주요한 판단자료일 수 있다. 변호사-의뢰인 특권이 적용되는 의사교환이기 위해서는 의뢰인이 이를 기밀로 할 것을 의도하였어야 하며, 기밀성은 그 이후에도 유지되어야 한다. 기밀성이 이후 소멸하면 특권은 소멸한다.

제3자에게 배포된 경우에는 그 수령인이 의뢰인 또는 변호사측의 대리인임이 입증되어야 변호사-의뢰인 간 의사교환에 기밀성이 유지된다. 이는 기본 수신자를 넘어 참조 수신자가 지정되었거나 다수인 대상으로 발송된 이메일에서 주로 발생하는 문제일 수 있다. 특권 주장자는 정보이동경로의 추적·입증이 과도한 부담이라는 이유만으로는 이를 특정할 의무를 면할 수 없다.¹⁴⁶⁾

143) Faul R. Rice, *Attorney-Client Privilege in the United States*(2020), § 11:8.

144) Faul R. Rice, *Attorney-Client Privilege in the United States*(2020), § 11:8.

145) Faul R. Rice, *Attorney-Client Privilege in the United States*(2020), § 11:8.

그러나 의사교환(문서)의 2차 배포는 매우 광범위한 경우가 많기에 그 특징이 용이하지 않다. 회사 내 문서의 경우 문서의 2차 배포가 있었던 것으로 추정되기 때문에, 특권 주장자는 아래의 각 단계별 사항에 따라 입증을 수행해야 한다.¹⁴⁷⁾

첫째, 정보의 순환이나 유통을 제한하는 일체의 회사 내 배포 정책을 특정한다. 사내 배포 정책이 없는 경우 문서 사본을 배포 받은 각 개인으로부터 사본이 다른 사람에게 2차적으로 배포되지 않았음을 확인하는 선서진술서(affidavit)를 받아 제출한다. 만약 2차 배포가 있는 경우 각 선서진술인은 자신의 2차 배포자를 특정하여야 한다. 문서의 최후 수배포자가 확인될 때까지 다음 단계 수신자로부터 선서진술서를 받아 제출하여야 한다. 이런 번거로운 작업을 피하는 유일한 방법은 2차 배포를 제한하는 회사 정책 수립이다.

둘째, 회사 정책, 절차를 알고 있는 임직원이 그러한 정책 등을 사내 전 직원에 정기적으로 배포한 사실 및 그 준수에 대해 정기적으로 확인·검토를 수행하였다는 사실에 대하여 그 입증 자료를 제출하여야 한다.

셋째, 의사교환(문서) 내용의 사본을 수신했을 가능성 있는 모든 회사 직원 파일이 조사되어야 하며, 이를 통해서 사본 수신사실이 발견된 경우에는 인 카메라(in camera) 심리절차에서 빠짐없이 재판장에게 전달되어야 한다. 이를 통해 특권의 요건인 기밀성 여부가 판단된다.

(6) 의사교환(문서) 내용에 대한 일반적 설명

특권 주장자는 대상 의사교환(문서)의 내용이나 주제 또는 법정에서 신문 시에 질문에 대답하기를 거부한 주제에 대한 충분한 정보를 제공하여 상대방이 특권 주장을 다룰 공정한 기회를 제공하여야 한다. 프리빌리지 로그 항목이 ‘법적 조언’ 내용을 구체적으로 언급할 필요는 없지만 최소한 기밀 의사교환에 변호사가 관여하였음이 특정되어야 한다. 또한 특권 주장을 뒷받침하기 위해서 문서의 주제 및 변호사 참여의 성격에 관하여 충분한 정보가 제공되어야 한다.¹⁴⁸⁾

변호사가 행한 법적 조언임을 단순히 기술하고 그 이상의 언급이 없는 것은 결론

146) Faul R. Rice, Attorney-Client Privilege in the United States(2020), § 11:8.

147) Faul R. Rice, Attorney-Client Privilege in the United States(2020), § 11:8.

148) Faul R. Rice, Attorney-Client Privilege in the United States(2020), § 11:8.

만 언급한 것일 뿐 요건사실을 주장하였다고 보기에 불충분하다. 요컨대 프리빌리지 로그 기재는 특권을 주장하는 의사교환(문서)를 특정하는 것에서 나아가, 그것이 특권의 요건을 충족하는 이유를 법원에 설명할 수 있어야 한다. 그리고 그 요건사실은 첨부된 선서진술서 등에 의하여 입증되어야 한다.¹⁴⁹⁾

일부 판례는 문서에 관한 설명을 “정보 요청자 및 정보의 주제를 구체적으로 특정” 함에 의해서, 또는 “만약 가능하다면 그와 관련하여 문서가 생성된 특정 소송의 이름을 거론” 하는 방식으로 행할 수 있다고 보고 있다.¹⁵⁰⁾ 이는 이메일과 관련한 문제이기도 하다. 예컨대 대상 이메일의 제목 줄을 단순히 복사하여 붙이는 것은 그러한 메일이 종종 불완전하며, 많은 경우 그 제목이 당사자주의 하에서 적절한 정보를 제공하기 위한 표준에 대하여 별다른 고민이 없이 작성된 것이기에 부적절할 가능성이 있다.¹⁵¹⁾

한편 당사자주의가 과도하게 강조되어 관철될 경우 프리빌리지 로그를 통한 일부 사항 공개, 즉 특권주장을 정당화하는 세부설명 자체에 기밀성 침해 소지가 있다. 때문에 이를 조화하는 적절한 절충점이 모색될 필요가 있다. 그러나 이는 어려운 작업이기 때문에, 법원은 때때로 특권이 주장되는 의사교환의 내용에 관하여 세부적 설명, 기술 등을 요구하기를 주저하기도 한다고 한다. 예컨대 몇몇 법원들은 프리빌리지 로그에 관하여 일반적인 기재대상 정보(변호사 및 의뢰인의 신원, 의사교환 일자, 배포 및 의사교환의 일반적인 성격)가 포함되어 있으면 충분하고, 의사교환의 주제나 대상 사건에 관한 정보는 포함되어 있지 않더라도 무방하다는 입장을 취하여 왔다.¹⁵²⁾ 반면에 다른 법원은 이 역시 특권 적용여부를 결정하는 중요한 문제이므로 특권 주장자로 하여금 상대방이 이 점에 대해 반박할 공정한 기회를 갖기에 충분한 정도로 설명을 제공하여야 한다는 입장을 취하기도 한다.¹⁵³⁾

프리빌리지 로그에 기밀 의사교환 내용에 대한 과도한 정보가 제공된 경우 이른

149) Faul R. Rice, Attorney-Client Privilege in the United States(2020), § 11:6.

150) Johnson v. Ford Motor Company, 309 F.R.D. 226, 234 n.4 (S.D. W. Va. 2015).

151) Muro v. Target Corp., 243 F.R.D. 301, 308 (N.D. Ill. 2007).

152) Stix Products, Inc. v. United Merchants & Mfrs., Inc., 47 F.R.D. 334, 339 (S.D. N.Y. 1969); Washtenaw County Employees' Retirement System v. Walgreen Co., 2020 WL 3977944, *3 (N.D. Ill. 2020).

153) Elat v. Ngoubene, 2013 WL 4478190, *5 (D. Md. 2013).

바 ‘자발적 공개’의 법리에 의한 특권 포기가 문제될 여지도 없지 않다. 그러나 프리빌리지 로그에 관해 실제로 이 점이 문제된 사안은 없다고 한다.¹⁵⁴⁾ 특권 인정여부에 관한 풍부한 자료 제출과 기밀성 유지 간에 균형을 맞추기가 어렵기 때문에, 너무 많은 정보가 공개된 경우라도 재판에서 의사교환에 관한 설명과정에서 공개된 것은 특권의 포기로 해석되어서는 안 된다는 견해도 있다.¹⁵⁵⁾

(7) 범주형 프리빌리지 로그(categorical privilege logs)

대상 문서들의 맥락이 그 특권에 의한 보호가능성을 강하게 시사하고 있으나 특권 주장의 수가 과도하게 많아 대상 특정이 곤란한 경우에는, 특권이 개개의 문서마다 주장되어야 한다는 개별적 특정의 요청이 완화되고 있다.

예컨대 *In re Imperial Corp. of America* 사건에서는,¹⁵⁶⁾ 50명의 당사자들과 약 20개의 로펌들이 관여된 소송과 관련하여 3년 이상에 걸쳐 수백만 건의 문서가 생성되었다. 법원은 “이러한 문서들의 대부분이 변호사-의뢰인 특권...(중략)...에 의해 보호되지 않을 것이라고 믿는 것은 어리석다. 그 정도로 방대한 문서에 대해 모든 개별 문서를 기재한 프리빌리지 로그 제출을 강제하는 것은 불합리하고 과도한 부담이 된다.”라고 판시하면서, 연방민사소송규칙 26(b)(5)가 문서별 로그의 생성을 요구하지 않는다는 점에 근거하여, 항목을 제한한 이른바 “범주형 프리빌리지 로그(categorical privilege logs)”의 제출을 허용하였다.¹⁵⁷⁾

한편 위 규칙 26(b)(5)에 의할 때, 범주형 프리빌리지 로그는 그것만으로도 의사교환에 특권을 인정할 수 있을 정도의 충분한 정보를 제공할 수 있는 제한된 상황에서만 허용되며, 그런 상황이 아니거나 범주형 프리빌리지 로그가 충족하여야 할 조건을

154) Faul R. Rice, *Attorney-Client Privilege in the United States*(2020), § 11:6.

155) Faul R. Rice, *Attorney-Client Privilege in the United States*(2020), § 11:6.

156) *In re Imperial Corp. of America*, 174 F.R.D. 475, 479, 39 Fed. R. Serv. 3d 244 (S.D. Cal. 1997).

157) 이에 의할 때 제출되어야 하는 항목은 다음과 같다.

1. 특권주장으로 공개 보류된 서류의 총 수
2. 특권주장으로 공개 보류된 문서에 의해 포함된 기간의 식별
3. 보류된 문서가 (1) 예상되거나 계류 중인 소송을 지원하기 위해 준비되었다는 진술 또는 (2) (i) 변호사 또는 변호사의 대리인, 그리고 (ii) 원고에게 법률 서비스를 제공할 목적으로 원고 또는 원고의 대리인과 사이에 행한 의사교환을 반영하는 정보를 포함한 것으로서; 이들이 대상 사항을 비밀로 의도하였다는 진술이 포함된 진술서.

충족하지 못하는 경우에는 특권 주장이 기각될 수 있다.

예컨대 Neelon v. Krueger 사건¹⁵⁸⁾에서 법원은 범주형 프리빌리지 로그를 제출한 당사자가 ① 문서 범주를 과도하게 광범위하게 특정한 점 ② 기간의 구체적 특정 없이 대략적인 관련 기간만을 설정한 점 ③ 각 범주의 문서 수를 수량화하려는 시도를 하지 않은 점 ④ 의사교환의 성격이나 유형을 구체적으로 설명하지 않은 점(편지, 스프레드시트, 이메일을 구분 없이 기재) ⑤ 관련된 개인에게 특권이 어떻게 적용되는지 일관되게 설명하지 못한 점 ⑥ 주장된 특권을 명시하거나 관련된 의사교환 당사자를 특정하지 못한 점 등을 들어 범주형 프리빌리지에 따른 특권 주장을 기각하였다.

6. 주장의 입증: 진술서 등의 첨부

프리빌리지 로그는 주장을 특정하고 근거를 개략적으로 일별하기 위한 목록에 불과하므로, 그것만으로는 그에 기술된 특권 주장을 충분히 뒷받침할 수 없다. 따라서 특권 주장자는 법원이 특권의 적용을 인정할 수 있도록 특권 주장 대상으로 특정된 문서에 대한 충분한 정보를 제공하여야 한다. 이는 통상 프리빌리지 로그에 이를 뒷받침하는 관련 사실을 경험 등을 통해 알고 있는 자로부터 받은 선서진술서를 첨부하는 방식을 통해서 수행된다.¹⁵⁹⁾

프리빌리지 로그에 특정된 주장을 입증하는 자료로 가장 널리 사용되는 것이 선서진술서(affidavit)이다. 프리빌리지 로그에는 통상적으로 주장을 뒷받침하기 위해 제출된 선서진술서가 첨부된다. 여기에는 예컨대 발신자의 직무, 각 수신자의 신원에 대한 설명 또는 각 의사교환의 주제 등을 설명하는 진술이 기재된다.

7. 심리 및 판단

가. 인 카메라(in camera) 심리

법원은 재량으로 인 카메라(in camera) 심리를 개시할 수 있는바, 공개법정 아닌 판사실에서 수행되어 기밀성 유지에 용이하고 신속한 진행을 도모할 수 있는 이점이 있다. 나아가 여기에 일방심리(ex parte) 방식이 결합될 경우 당사자 일방이 제출한 증

158) Neelon v. Krueger, 2015 WL 1037992, *3 (D. Mass, 2015).

159) Faul R. Rice, Attorney-Client Privilege in the United States(2020), § 11:6.

거만으로 판단할 수 있다. 인 카메라(in camera) 심리에서 특권 주장자가 제출한 프리 빌리지 로그 및 이에 첨부된 선서진술서(affidavit), 그에 대한 간략한 구두설명 및 준비서면 등을 기반으로 특권분쟁을 해결함이 통상이다.¹⁶⁰⁾

인 카메라 리뷰에서 각 당사자는 주장을 현출하고 논쟁한다. 그러나 당사자 일방을 배제한 채 진행되는 일방심리(ex parte) 방식의 경우 연방헌법상 공정한 재판을 받을 권리의 침해 문제를 제기하는 시각도 있다. 통상 각 당사자 측이 서면으로 자신의 주장을 현출하고 논쟁하나, 법원은 이 절차에서 재량으로 심문을 개최하고, 구두 증언을 청취하고, 변호사로부터 변론을 청취할 수도 있다.¹⁶¹⁾

나. 스페셜 마스터(special master) 및 테인트 팀(taint team)

(1) 스페셜 마스터(special master)

특권 분쟁의 심리를 판사가 직접 수행하기에는 여러 어려움이 있다. 첫째로 비즈니스 및 법적 문제가 복잡하게 얽혀 있어 의사교환의 대부분은 기밀과 아닌 것이 혼재되어 있는 점이다. 이에 문서 단위로 특권 존부가 검토된 과거와 달리, 많은 기업 이메일은 문장이나 문단별로 평가되어야 하는 경우가 적지 않다. 둘째로 분쟁대상의 분량이 전자기술, 특히 이메일의 발전에 따라 획기적으로 증가한 점이다. 이메일의 특권 대상성은 ① 특권이 주장되는 이메일의 내용, ② 그 전후의 이메일 내용, ③ 각 이메일 간 관계 등과 함께 제출된 자료를 종합적으로 조사하여 얻은 정보를 총체적으로 검토하여 판단되므로, 분쟁해결이 장기화되고 해결비용이 급증할 수밖에 없다.

이에 절차의 공정성을 유지하고 법원의 부담을 줄이면서도 효율성을 높이기 위한 조치가 요구되며, 외부의 전문적 제3자에게 분쟁 판단을 맡기는 것이 가장 대표적인 방법으로 사용된다. 과도한 다량의 자료에 대하여 특권이 주장되었거나 그 해결이 크게 복잡하여 과도한 시간이 소요될 수 있는 경우, 법원은 스페셜 마스터(special master)를 임명하여 특권 분쟁의 판단을 일임할 수 있다. 스페셜 마스터는 청문 및 증거조사를 할 수 있고 증거능력에 관한 문제를 판단할 수 있으나, 그 세부 사항에 관하여는 연방 법령 등에 명시되어 있지 않으므로, 그 책임 하에 분쟁 해결을 위한 절차를 수립한다.

160) Faul R. Rice, Attorney-Client Privilege in the United States(2020), § 11:1.

161) Faul R. Rice, Attorney-Client Privilege in the United States(2020), § 11:6.

여기에서는 특히 비용 부담이 중요한바, 처음에는 주로 당사자 간 균등하게 공유되며, 판단 후 스페셜 마스터에게 비용을 재할당할 권한을 부여하여 그 판단에 따르는 경우가 많다.¹⁶²⁾

(2) 테인트 팀(taint team)

형사절차에서는 이른바 테인트 팀(taint team)을 활용하는 경우도 있다. 스페셜 마스터로 주로 법관이나 부판사(magistrate), 또는 제3의 변호사가 임명되는 것과 달리, 테인트 팀(taint team)은 주로 수사팀이 아닌 중립적인 제3의 검사팀이 임명된다. 특히 압수 시에 분쟁 대상 문서를 수사기관이 일단 확인하면 그 정보에 이미 오염되기 때문에, 이러한 오염을 방지하고자 제3의 검사팀이 특권 보호 여부를 확인하게 하는 것이다.

다만 테인트 팀(taint team)의 중립성에 대해서는 의문이 제기되기도 한다. 테인트 팀을 둘러싼 ‘윤리적인 벽’은 기밀성 보장을 위한 강력한 차폐 장치가 될 수 없고 도리어 ‘구멍이 많은 벽’이라는 것이다.¹⁶³⁾ 법원 역시 “일반 대중이 테인트 팀 구성원과 검찰 구성원을 분리하는 벽이 뚫을 수 없으리라 신뢰할 것을 기대하는 것은 큰 비약이다”라고 판시한바 있다.¹⁶⁴⁾

VII. 변호사-의뢰인 특권 침해의 효과

1. 기본적 효과

가. 일반론

변호사-의뢰인 특권은 증거법 원칙이며, 그 기본적 효과는 침해된 의사교환 자체의 증거사용 배제이다. 앞서 보았듯 이 특권은 변호인의 조력을 받을 권리 등 연방헌법상의 권리와 밀접한 연관을 갖지만 헌법이 이를 직접 보장하지는 않는다. 따라서 변

162) Faul R. Rice, Attorney-Client Privilege in the United States(2020), § 11:20.

163) Faul R. Rice, Attorney-Client Privilege in the United States(2020), § 11:19.

164) United States v. Gallego, 2018 WL 4257967, *2 (D. Ariz. 2018). 이에 압수 상대방인 피의자는 주로 스페셜 마스터(special master) 임명, 수사기관 측은 테인트 팀(taint team) 임명을 주장하는 경우가 많다고 한다.

호사-의뢰인 특권 침해가 곧바로 헌법적 문제를 야기하지는 않으며,¹⁶⁵⁾ 다만 특권 침해행위가 피침해자에게 연방헌법상 보장되는 다른 권리를 침해하기에 이른 때에 헌법적 문제가 발생하게 된다.

나. 의사교환의 증거사용 배제

변호사-의뢰인 특권 관련 사안은 특권 침해 여부에 따라 우선 특권 침해가 성립하지 않는 경우와 성립하는 경우로 구분되며, 후자는 그 정도에 따라 헌법상 권리의 침해에 이르지 않는 경우, 그리고 헌법상 권리 침해에 이른 경우로 구분될 수 있다. 후자의 두 경우에는 침해된 권리의 구제가 문제될 것이다. 헌법적 권리가 침해된 경우 및 그렇지 않은 단순한 특권침해인 경우에서 모두 기본적으로 획득된 의사교환 자체의 본안 증거사용이 배제됨으로써 구제받을 수 있다.

다. 오염식별 및 무효화

단순한 특권 침해에 대해서 원칙적으로 증거사용 배제 이상의 효과가 부여되지 않는 반면, 헌법적 권리가 침해된 경우에는 원칙적으로 증거사용 배제 외에 다른 권리 구제 수단이 논의될 수 있다. 이 경우 법원은 절차의 단계, 수사기관이 한 위반행위의 태양, 침해행위 및 헌법 위반의 중대성 및 기타 당사자가 입은 침해 상황 등을 고려하여 사례마다 오염을 식별 및 무효화하고 피고인의 침해된 권리를 구제함에 적절한 수단을 결정하여 조치할 수 있다.

2. 이른바 ‘독수독과 원리’의 적용여부

가. 논의의 취지

변호사-의뢰인 특권을 침해하여 취득된 기밀 의사교환 자체의 증거사용이 배제되는 것에서 나아가, 그에 기초하여 취득된 파생증거, 즉 2차 증거의 증거사용도 배제되는 것인가 문제된다. 이것은 변호사-의뢰인 특권 침해에 대한 이른바 “독수독과 원리(fruit-of-the-poisonous-tree doctrine)”의 적용 여부 문제이다. 기밀 의사교환 자체의 증거사용이 배제되더라도 2차로 수집된 파생증거 사용이 허용되면 특권 침해행

165) Faul R. Rice, Attorney-Client Privilege in the United States(2020), § 10:1.

위의 유인이 근본적으로 제거될 수 없다. 그렇기 때문에 기밀 의사교환 및 그 파생증거의 사용을 모두 불허하면 침해유인이 사전에 차단되고, 따라서 변호사-의뢰인 특권 인정 취지가 더욱 완전하게 관철될 수 있을 것이다.

그러나 이 특권은 기본적으로 헌법적 권리가 아닌 증거법 차원의 권리인바, 다른 증거법상 원리와의 형량에 의해 제한될 수 있다. 연방대법원 역시 이 특권이 형사사법에서 증명력 있는 증거를 확보할 요청과 형량될 필요가 있다고 판시¹⁶⁶⁾하였으며, 이는 특권 침해 시에 독수독과 원리의 적용 여부에 관한 연방 하급심 판결에 원용되기도 한다.

나. 판례의 태도

(1) 단순한 특권침해의 경우

연방 제6 항소법원은 U.S. v. Warshak 사건¹⁶⁷⁾에서 변호사-의뢰인 특권이 헌법이 아니라 증언법 또는 증거법에 근거하고 있는 점을 고려할 때 특권으로 보호되는 기밀 의사교환에서 파생된 일체의 증거 사용을 배제함은 적절하지 않다고 판시하였다. 또한 독수독과 원리를 헌법 위반 외의 사안에 적용하는 것이 현명하지 않다고 판시하면서, 증거확보에 대한 요청과 형량할 필요를 언급한 상기 연방대법원 판시를 원용하고 있다.

다른 연방 항소법원 역시 같은 태도를 취한 바 있다.¹⁶⁸⁾ 예컨대 연방 제10 항소

166) Trammel v. United States, 445 U.S. 40, 51, 100 S.Ct. 906, 63 L.Ed.2d 186 (1980).

167) United States v. Warshak, 631 F.3d 266 (6th Cir. 2010).

168) Securities and Exchange Commission v. OKC Corp., 474 F. Supp. 1031, 1039-40; U.S. v. Warshak, 631 F.3d 266, 294 (6th Cir. 2010) (“no court had applied the fruit-of-the-poisonous-tree doctrine to derivative evidence obtained as a result of improper access to materials covered by a non-constitutional privilege”); U.S. v. Segal, 313 F. Supp. 2d 774, 780-81 (N.D. Ill. 2004); U.S. v. Marashi, 913 F.2d 724, 731 n.11, 31 Fed. R. Evid. Serv. 262 (9th Cir. 1990) (“no court has ever applied [the ‘fruit of the poisonous tree’] theory to any evidentiary privilege and that we have indicated we would not be the first to do so”); Nickel v. Hannigan, 97 F.3d 403, 409 (10th Cir. 1996) (“Mr. Nickel contends that the trial court would have suppressed Detective marble’s testimony had Mr. Mize objected to it as being in breach of Mr. Nickel’s attorney-client privilege because it was ‘directly traceable to Boyer’s violation of attorney-client privilege.’ ... However, although Mr. Nickel’s confession to Detective marble could be considered the result of Mr. Boyer’s breach of Mr. Nickel’s attorney-client privilege in reporting Mr. Nickel to the police, there is no indication that Kansas law requires the exclusion of all evidence derived from a breach of an attorney-client privilege. Further, other courts have refused

법원은 Nickel v. Hannigan 판결¹⁶⁹⁾에서 독수독과 원리를 헌법 위반이 아닌 증거법상 특권 침해에 적용하는 것이 현명하지 않다고 판시하였고, 연방 제9 항소법원은 U.S. v. Marashi 사건¹⁷⁰⁾에서 헌법 위반 아닌 단순한 특권 침해에 대하여 독수독과 이론 적용을 부정하면서, “그 어떤 법원도 독수독과 이론을 단순한 증거법적 특권에 적용하지 않아 왔다”라고 판시¹⁷¹⁾하고 있다.

(2) 헌법 위반인 경우

변호사-의뢰인 특권의 침해가 수정헌법 위반에 이른 경우에는 보호대상 의사교환으로부터 파생하여 획득된 2차 증거에 독수독과 원칙이 적용될 수 있다.¹⁷²⁾ 따라서 변호사-의뢰인 특권을 침해한 수사기관의 행위가 수정헌법 제4조,¹⁷³⁾ 제5조,¹⁷⁴⁾ 제6조 등에 위반되는 것으로 인정되면, 의사교환 자체의 증거 사용이 배제됨은 물론 그에 기초하여 간접적으로 획득된 파생증거의 증거사용 역시 배제된다. 다만 이는 엄밀히 말하여 특권 침해가 아닌 헌법 위반에 따른 효과이다.

요컨대 판례는 변호사-의뢰인 특권 침해가 수정헌법 위반인 경우와 그에 이르지 않는 단순한 경우를 구별하여 전자의 경우에 한해 독수독과 원칙을 적용하기 때문에, 특권 침해 행위를 수사기관과 무관한 제3자가 행한 때에는 독수독과 원칙 및 파생증거 사용배제의 효과가 인정되기 어려울 것이다. 한편 특권 침해 행위를 수사기관이 행한 때에도 그것이 비의도적인 때에는 파생증거 사용배제의 효과가 인정되지 않을 가능성이 높다.

to apply such a broad evidentiary rule of exclusion to breaches of privilege. ... Noting this authority and the absence of Kansas law on this issue, we decline to apply the ‘fruit of the poisonous tree’ doctrine to the possible breach of attorney-client privilege in this case.”).

169) 예컨대 Nickel v. Hannigan, 97 F.3d 403, 409 (10th Cir. 1996) 등.

170) United States v. Marashi, 913 F.2d 724 (9th Cir. 1990).

171) 특권을 침해하여 수집된 파생증거에 독수독과 원칙 적용을 부정하는 판례에 대한 검토 및 비판으로는 Robert P. Mosteller, Admissibility of Fruits of Breached Evidentiary Privileges: The Importance of Adversarial Fairness, Party Culpability, and Fear of Immunity, 81 WASH. U. L. Q. 961 (2003) 참조.

172) Chase Manhattan Bank, N.A. v. Turner & Newall, PLC, 964 F.2d 159, 165 (2d Cir. 1992); U.S. v. Weissman, 1996 WL 742844 (S.D. N.Y. 1996).

173) U.S. Supreme Court, Wong Sun v. U.S., 371 U.S. 471, 83 S. Ct. 407, 9 L. Ed. 2d 441 (1963); Nardone v. U.S., 308 U.S. 338, 60 S. Ct. 266, 84 L. Ed. 307 (1939); Silverthorne Lumber Co. v. U.S., 251 U.S. 385, 40 S. Ct. 182, 64 L. Ed. 319, 24 A.L.R. 1426 (1920).

174) U.S. Supreme Court, Harrison v. U.S., 392 U.S. 219, 88 S. Ct. 2008, 20 L. Ed. 2d 1047 (1968).

United States ex rel. Shiflet v. Lane. 판결¹⁷⁵⁾에서는 형사피의사건 변호인과 업무상 협력관계에 있는 사립탐정이 피의자와 사건에 관하여 상당한 내용을 수사기관에 전달한 사안이 문제되었다. 이 사건에서 Shiflet은 그의 아내를 살해한 혐의로 피의자로 수사 받기 시작하자, 초기 단계에 변호사를 선임하였다. 변호사는 의뢰인인 Shiflet에게 그 변호사와 업무를 공조 처리하는 사립탐정을 소개하면서 그에게 적극 협력할 것을 요청하였다.

이에 Shiflet은 그 사립탐정과 대화하면서 아내를 살해하고 시신을 처리한 방법 일체를 구체적으로 진술하였다. 그러자 사립탐정은 Shiflet으로부터 들은 내용을 부보안관에게 신고하였다. 이 정보는 극히 구체적이었기 때문에 수사기관은 압수수색 대상을 매우 용이하게 특정하였고, 다른 방법으로 찾지 못하였을 유죄 증거를 압수할 수 있었다. Shiflet은 이를 증거로 기소되어 1심에서 유죄판결을 선고받았다. Shiflet은 항소심에서 이 경우 특권 침해가 수정헌법 제6조 및 제14조에 각 위반되므로 의사교환 내용에 기초하여 간접적으로 획득된 파생증거의 증거사용이 배제되어야 한다고 주장하였다.

연방 제7 항소법원은 수정헌법 제6조에 규정된 변호인의 효과적인 조력을 받을 권리가 ‘피고인’의 권리이고,¹⁷⁶⁾ 사안에서 수사기관의 기밀 의사교환 획득이 Shiflet이 기소되기 전, 즉 그에 대한 형사소송이 개시(initiation of an action)되기 전에 발생하였으므로, 수정 헌법 제6조 위반이 인정될 수 없다고 판단하였다.¹⁷⁷⁾ 또한 이 사건에서 특권 침해는 수사기관으로부터 비롯되지 않았고 수사기관 스스로 이에 이르는 일련의 과정을 능동적으로 촉발하지 않았기 때문에, 수사기관이 기밀 의사교환으로부터 2차적 증거를 획득한 것이 수정헌법 제14조의 적법절차에 대한 Shiflet의 헌법적 권리를 침해하지 않는다고 보았다. 또 수사기관이 적극적으로 이를 촉발하지 않은 점에서 “주 정부의 절차상 불법이 연방정부의 개입을 정당화할 만큼 충격적인 수준에 이르지 않았다”고 판시하였다.¹⁷⁸⁾

United States v. White 사건¹⁷⁹⁾에서는 변호사 본인에 의한 기밀 상담 유출이

175) U.S. ex rel. Shiflet v. Lane, 815 F.2d 457 (7th Cir. 1987).

176) Moran v. Burbine, 475 U.S. 412, 106 S. Ct. 1135, 89 L. Ed. 2d 410 (1986).

177) U.S. ex rel. Shiflet v. Lane, 815 F.2d 457, 465 (7th Cir. 1987).

178) Shiflet, 815 F.2d at 465-66 (Moran v. Burbine, 475 U.S. 412, 106 S. Ct. 1135, 89 L. Ed. 2d 410 (1986)으로부터 인용).

문제되었다. 피고인 White는 그의 변호사에게 특정 사건을 상담하면서 과거 자기가 행한 사기적인 파산신청을 털어놓았다. 그런데 동 변호사는 이와 관련 없는 다른 의뢰인에 관한 사기적 파산신청 사건으로 기소되어 유죄를 선고받았다. 그는 양형 협상 과정에서 자발적으로 그가 알고 있는 White를 비롯한 타인의 파산사기 범행에 대한 정보를 제공하였다. 수사기관은 이 정보로부터 White의 사기범죄를 증명할 수 있는 다른 직접 증거를 획득하였다. White는 이들 직접증거에 기초하여 파산사기죄로 기소되어 1심에서 유죄판결을 선고받았다.

연방 제7 항소법원은 비록 수사기관이 획득한 White에 대한 유죄의 증거가 기밀이 침해된 의사교환에서 간접적으로 파생되었더라도 White의 헌법상 권리를 침해했다고 할 수 없고¹⁸⁰⁾ 특권 침해로부터 2차적으로 획득된 증거를 유죄 인정에 사용하였다는 이유만으로는 원심판결이 위법하다고 볼 수 없다고 판시하였다. 또한 의사교환의 기밀 침해에 대한 구제수단에 관해서도 “피고인의 재판에서 특권이 침해된 의사교환에 기해 간접적으로 획득된 증거의 사용을 배제하는 것이 적절한 구제수단이라는 점이 명백하다고는 할 수 없다”고 판시하였다.

(3) 소 결

형사절차 및 민사절차 등 사법절차에서는, 변호사-의뢰인 특권으로 보호되는 의사교환의 기밀 침해가 헌법 위반으로 인정되지 않는 한 그로부터 2차적으로 획득된 파생증거의 사용이 허용되고 있다. 한편 법원은 사법절차 외에 대배심 수사절차¹⁸¹⁾ 또는 행정기관의 강제(조사)절차¹⁸²⁾에서도 파생증거의 사용이 배제되지 않는다고 판시하였다.¹⁸³⁾

179) U.S. v. White, 879 F.2d 1509 (7th Cir. 1989).

180) 이에 관하여 다른 판결 중에는 ‘직접 사용’만이 헌법침해라고 판시한 것이 있다.

U.S. v. Coffman, 574 Fed. Appx. 541, 565, 94 Fed. R. Evid. Serv. 1373 (6th Cir. 2014)(to prevail on a due process claim, a defendant must provide evidence that the “Government made ‘direct use’ of the privileged communications, either at trial or before the grand jury,” to show prejudice”).

181) U.S. Supreme Court. U.S. v. Calandra, 414 U.S. 338, 349, 94 S. Ct. 613, 38 L. Ed. 2d 561 (1974)(“Because the grand jury does not finally adjudicate guilt or innocence, it has traditionally been allowed to pursue its investigative and accusatorial functions unimpeded by the evidentiary and procedural restrictions applicable to a criminal trial.”).

182) S.E.C. v. Finazzo, 360 Fed. Appx. 169 (2d Cir. 2009) (administrative subpoena not subject to attack on a “fruit of the poison tree” ground); F.T.C. v. Texaco, Inc., 555 F.2d 862, 879 (D.C. Cir. 1977)(Fruit of the poison tree argument held premature in a subpoena enforcement pro-

그러나 이에 대해서는, 연방헌법이 이 특권을 직접 보장하지 않더라도 침해 동기를 제거하기 위해서는 침해행위로부터 침해자가 획득하는 이익을 배제할 필요가 있는 점 및, 다른 헌법상의 권리, 예컨대 당사자주의와 적법절차에 의한 공정한 재판, 변호인의 조력을 받을 권리 등을 실질적으로 보장하는 전제가 됨을 이유로 비판하는 견해도 제시된다.¹⁸⁴⁾

3. 다른 구제수단

가. 일반론: 오염 식별 및 무효화

침해가 단순한 변호사-의뢰인 특권 침해를 넘어 헌법위반으로 인정되는 경우에는 증거배제 외에 다양한 구제수단이 강구될 수 있다. 연방 제10 항소법원은 *Shillinger v. Haworth* 사건¹⁸⁵⁾에서 특권 침해가 헌법에 위반되는 경우에는 법원이 피고인의 상황에 맞는 적절한 구제수단을 강구, 시행함으로써 비밀침해로 인한 오염을 식별하고 무효화하여야 하며, 이를 통해 연방헌법상 피고인에게 보장된 변호인의 조력을 받을 권리 및 공정한 재판을 받을 권리가 실효적으로 보장될 수 있다고 판시하였다.

즉 변호사-의뢰인 특권 침해에 대한 구제수단은 근본적으로 침해된 비밀에 의한 오염을 식별하고 무효화하는 것에 목적을 두고 그에 기여하는 조치이어야 한다. 절차의 진행 정도, 의뢰인의 법적 지위, 특권 침해의 태양·정도 및 그에 따른 의뢰인의 방어권침해 등 피해의 정도 등을 종합적으로 고려하여 상황에 따라 적절하게 조정된 다양한 구제수단이 강구될 수 있다.

나. 구체적 검토

(1) 대상 절차

기밀침해가 직접 문제되는 그 절차에서 절차의 단계에 따라 구제수단을 도모할 수 있다. 형사절차에서는 예컨대 수사 단계에서 변호사-의뢰인 간 의사교환에 대한 압

ceeding because “when the agency lacks the information to establish its case, administrative investigations would be foreclosed or at least substantially delayed.”).

183) *S.E.C. v. Finazzo*, 360 Fed. Appx. 169 (2d Cir. 2009); *F.T.C. v. Texaco, Inc.*, 555 F.2d 862, 879 (D.C. Cir. 1977).

184) *Faul R. Rice, Attorney-Client Privilege in the United States*(2020), § 10:10.

185) *Shillinger v. Haworth*, 70 F.3d 1132, 1143 (10th Cir. 1995).

수수색이 수정헌법 제4조에 위반되는 경우에는 압수수색의 집행 또는 영장 자체의 효력을 다투면서 압수물의 반환을 청구할 수 있다. 검사에 대한 기피¹⁸⁶⁾신청도 모색될 수 있다.

한편 수사 종결 이후 단계에서는 공소기각결정, 공판 전 증거배제결정¹⁸⁷⁾ 등을 통해 구제될 수 있다. 다만 공소기각은 극히 강력한 효력을 갖는 수단으로서, 다른 수단이 불가하거나 그것만으로는 침해행위에 의한 영향을 배제 또는 무력화하기에 불충분하거나 부적절한 경우에만 사용될 수 있다.¹⁸⁸⁾

(2) 별도 절차

이 특권의 단순한 침해가 곧바로 변호사-의뢰인 간 의사교환의 기밀을 침해한 자에 대한 독립적인 소송원인은 되지 않는다.¹⁸⁹⁾ 그러나 그 침해가 헌법 위반에 이르는 경우에는 독립적인 소송 원인이 될 수 있다. 헌법위반행위에 의해 침해된 비밀내용을 증거로 사용한 재판이 확정된 때에는 재심명령¹⁹⁰⁾ 사유가 될 수 있다.

4. 특권 침해가 헌법 위반인 경우

가. 헌법 위반의 요건

(1) 일반론

특권 침해가 단순한 위법을 넘어 헌법 위반, 즉 헌법상 권리를 침해하기에 이른 경우에는 증거법적 차원의 증거배제를 넘는 강력한 구제수단이 제공된다. 헌법 침해의 공통 요건으로는 보통 정부 측이 변호사-의뢰인 관계를 인식하고(관계의 인식), 그럼에도 불구하고 의도적으로 침해행위에 나아가며(침해의 의도성), 이로 인하여 상대방에게 현실적이고 실질적인 손해가 발생하였을 것이 요구된다. 다만 그 세부적인 요건이나 표현은 각 헌법조항 및 개별 사례마다 다르다.

186) Paul R. Rice, Attorney-Client Privilege in the United States(2020), § 10:1.

187) Swidler & Berlin v. United States, 524 U.S. 399, 118 S.Ct. 2081, 141 L.Ed.2d 379 (1998).

188) Paul R. Rice, Attorney-Client Privilege in the United States(2020), § 10:1.

189) Cousin v. Day, 2001 WL 34059380, *18 (E.D. La. 2001); Toles v. Oklahoma Department of Corrections, 2017 WL 7734648, *5 (W.D. Okla. 2017).

190) Paul R. Rice, Attorney-Client Privilege in the United States(2020), § 10:6.

위 요건 충족의 입증책임은 침해를 주장하는 자에게 있으므로, 침해를 받은 자가 구제수단을 소구하면서 위 요건을 뒷받침하는 요건사실을 입증하여야 한다. 다만 일부 경우에는 사실상의 추정이 인정될 수 있다. 예컨대 정부가 의도적인 침해행위로 획득한 의사교환을 직접 사용한 경우 등에는 손해의 발생을 추정하거나, 손해를 확정적으로 인정하는 판례가 있다. 이하 변호사-의뢰인 특권과 관련하여 빈번히 문제되는 수정헌법 제4조, 제5조, 제6조에 관하여 개관한다.

(2) 연방 수정헌법 제4조

미 연방 수정헌법 제4조는 그 일부에서 “불합리한 수색과 압수로부터 신체, 가족, 서류 및 재산의 안전에 관한 국민의 권리는 침해되어서는 안 된다.”¹⁹¹⁾라고 규정한다. 수정헌법 제4조와 변호사-의뢰인 특권 간 관계의 문제는 정부가 변호사 또는 그 의뢰인에 대한 범죄혐의에 대한 증거를 확보하고자 변호사 사무실(로펌)에 대한 압수수색영장을 발부받아 집행할 때 자주 발생한다.

법원은 일반적으로 이러한 압수수색이 주의 깊게 수행되고 변호사와 의뢰인 간 기밀 의사교환을 불필요하게 침해하지 않는 한 허용된다고 하고 있다.¹⁹²⁾ 압수수색이 변호사 사무실에서 수행되는 점 자체만으로는 곧바로 불합리한 것으로 되지 않기에¹⁹³⁾ 그 범위가 합리적이고 유효한 영장에 따라 수행되는 한 그 적법성이 인정된다. 법원은 로펌 압수수색의 유효성을 검토함에 있어 “압수수색을 승인하는 영장의 특수성과 범위, 압수수색의 성격과 범위, 압수 결과를 주의 깊게 조사” 하여야 한다.¹⁹⁴⁾

연방 제2 항소법원의 Klitzman, Klitzman and Gallagher v. Krut 사건¹⁹⁵⁾에서는 변호사인 Klitzman에 대하여 우편사기음모죄 관여혐의에 기하여 한 압수수색이

191) “[t]he right of the people to be secure in their persons, houses, papers, and effects, against unreasonable searches and seizures, shall not be violated. ...”

192) U.S. Supreme Court, *Andresen v. Maryland*, 427 U.S. 463, 479-84, 96 S. Ct. 2737, 49 L. Ed. 2d 627 (1976).

193) *Klitzman, Klitzman and Gallagher v. Krut*, 744 F.2d 955, 959, 17 Fed. R. Evid. Serv. 880 (3d Cir. 1984); *National City Trading Corp. v. U.S.*, 635 F.2d 1020, 1026 (2d Cir. 1980) (“[A] criminal enterprise does not exempt itself from a search warrant by conducting its business and keeping its records in its lawyer’s office.”).

194) *Klitzman, Klitzman and Gallagher v. Krut*, 744 F.2d 955, 959 (3d Cir. 1984).

195) *Klitzman, Klitzman and Gallagher v. Krut*, 744 F.2d 955 (3d Cir. 1984).

문제되었다. 정부 측은 개인 상해사건에서 Klitzman이 공범과 허위의료보고서를 제출하여 의료비 금액을 부풀려서 청구하는 보험사기 공모 혐의를 인지하였다. 미 연방 우체국 수사관(U.S. Postal Inspectors)은 대배심 수사에 뒤이어 수색 및 압수영장을 발부받아 Klitzman의 로펌 사무실을 수색하고 3개의 수색 영장에 따라 2,000개의 파일들을 압수하였다.

첫 번째 영장은 검사관으로 하여금 개인 상해 청구자, 회사의 비즈니스 은행 계좌 기록, 신탁 계정에 관한 장부, 보유자 및 보상 계약, 개인 상해 의뢰인과 관련된 재무 기록, 변호사 및 기타 제3자에 대한 지급내역 기록, 사건 기록부, 법률 일지, 전화메시지 장부, 방문자 기록, 전화 요금 기록 및 보험사기 공모에 대한 기타 증거에 관한 모든 폐쇄 또는 비활성 파일을 수색하고 압수할 권한을 수사기관에 부여하였다. 두 번째 영장은 공개된 개인 상해사건 파일들의 수색 및 압수를 승인하였고, 세 번째 영장은 수색 범위를 로펌 내의 파일 보관실까지 확장하였다. 이에 따라 정부 요원이 하루 종일 Klitzman의 사무실을 점거하여 영장을 집행하였고, 강제로 의뢰인들의 출입을 금지하였다. Klitzman은 수색영장이 지나치게 광범위하여 위헌임을 이유로 압수된 모든 문서의 반환을 명령하는 예비적 금지명령(preliminary injunction)을 신청하였다.

법원은 Klitzman의 신청을 인용하면서, 이 사건 영장이 “실질적으로 로펌의 사업기록에 대한 전면적인 수색 및 압수”를 승인했다고 언급하였다.¹⁹⁶⁾ 또한 압수가 그 로펌의 의뢰인인 제3자에게 초래하는 변호사-의뢰인 특권 침해에 대해서도 법원은 아래와 같이 판시하면서, 압수수색영장 및 수색 자체를 무효화하고 수색을 통해 압수된 모든 문서의 반환을 명령하였다.

“이 사건에 대한 정부의 조치가 변호사-의뢰인 특권의 개념을 완전히 무시했다는 것을 누구도 부인할 수 없다. 우체국 수사관이 영장에 따라 수색하고 압수한 자료는, 실질적으로 로펌에 현존하는 업무상 기록 전체에 이르렀다. 정부는 의료비 과장혐의가 의심되는 의뢰인만의 파일이나 조사 중인 사기 계획에 연루된 것으로 의심되는 의료 인력에 관련된 자료로 압수를 제한하는 시도를 하지 않았다...수색에 앞서 그 대상

196) Klitzman, Klitzman and Gallagher v. Krut, 744 F.2d 955, 960 (3rd Cir. 1984).

인 의뢰인들의 파일에 변호사-의뢰인 특권의 대상인 의사교환이 포함되어 있음을 잘 알고 있었지만, 수색 범위를 최소화 하거나 의뢰인의 사생활 침해를 방지하기 위한 어떤 조치(one step)도 취하지 않았다.”

이와 비교되는 연방 제2 항소법원의 다른 사례로서 National City Trading Corp. v. United States 사건¹⁹⁷⁾을 들 수 있다. 이 사건에서 FBI는 투자상품 판매사기 혐의로 National City Trading Corporation(이하 “NCTC”)사 및, 그 대표이사인 Michael Gharbi, 동 사 사내변호사인 Ira Sands를 조사하였다. NCTC 사무실은 Sands의 법률 사무소 내에 있었고 Sands는 NCTC이외 다른 의뢰인이 있었으나, 그 공간은 한편으로 로펌, 다른 한편으로는 사업 운영 공간으로서 혼합적으로 사용되고 있었다.

정부는 사기계획의 증거를 찾고자 로펌 사무실 수색영장을 발부받았다. 그 집행 전에 연방 부검사는 FBI요원에게 영장을 집행하는 방법에 대하여, NCTC와 관계가 없는 문서를 압수하거나 NCTC와 관련되어 있지 않은 사람의 서류케이스나 가방 등을 수색하지 말 것, 그리고 NCTC와 관련이 없는 것으로 보이는 사무실을 수색하지 말 것을 지시하였다. 영장에 따라서 수사기관 요원들은 사무실을 수색하고 수사대상인 혐의와 관련된 모든 문서를 압수했다.

NCTC, Gharbi 및 Sands는 이러한 수색이 변호사-의뢰인 특권 및 수정헌법 제 4조를 침해했다고 주장하면서 압수된 모든 문서의 반환을 요구하였다. 그러나 연방 제 2 항소법원은 이를 모두 기각하고 수색 및 압수가 유효하다고 판단하였다. 법원은 수정헌법 제4조 관련 쟁점에 대해 “변호사와 의뢰인 간의 의사교환에 대한 불필요한 침해를 피하기 위해 로펌 수색은 특별한 주의를 기울여 실행되어야 한다”고 언급하였다.

다만 동 법원은 만약 “압수수색 대상인 특정 물품이 수색대상 부동산 내에 있다고 믿을 합리적인 이유가 있는 경우”에는 수색이 허용된다고 판시하면서, NCTC와 Sands 간의 활동이 결합된 것에 주목하였다. 법원은 수사기관의 수색을 지지하면서 “범죄 기업은 로펌 사무실 내에서 업무를 수행하고 그곳에 그 기록을 보관하는 방법으

197) National City Trading Corp. v. U.S., 635 F.2d 1020 (2nd Cir. 1980).

로 영장에 따른 압수수색을 회피할 수 없다”고 결론 내렸다.

법원은 변호사-의뢰인 특권 주장을 배척하고 압수수색의 적법성을 옹호하면서, 수사기관이 수색에서 세심한 주의를 기울였음을 지적하였다. 다만 이에 불구하고 특권에 의한 보호대상인 몇몇 문서들이 압수된 점이 문제되었다. 법원은 그 경우 압수된 문서에 대한 구제책에 관하여, 위헌성 없는 단순한 특권 침해로서 그 문서들의 증거사용이 배제되어야 한다고 판단하였다.¹⁹⁸⁾

상술한 두 사건을 볼 때, 연방 제2 항소법원은 수사기관의 로펌 압수수색이 특권을 침해하였는가 여부를, 압수수색 도중에 수사기관이 기밀 침해를 방지하기 위해 기울인 주의의 정도 및 침해의 중대성에 기초하여 판단하는 것으로 보인다.

Klitzman 사건에서는 수사기관이 하루 종일 사무실 전체를 통제하고 무차별적으로 변호사가 관리한 전체 파일인 약 2,000개 이상 파일을 압수수색 하였는바, 변호사-의뢰인 특권이 완전히 무시된 데다가 영장 기재 압수수색대상이 포괄적인 일반영장으로 수정헌법 제4조에 위반되어 영장 및 압수수색 자체가 무효화되었다. 이에 따라 법원은 압수수색을 무효화하고 대상인 모든 문서의 반환을 명령하였다.

반면에 National City 사건의 경우 영장 기재에 이러한 문제가 없었고, 수사기관이 그 집행 과정에서 특권 보호 대상인 의사교환의 기밀 침해를 최소화하고자 세심한 주의를 기울였으며, 그럼에도 불구하고 특권보호 대상인 몇몇 문서들이 의도치 않게 압수된 것일 뿐이므로, 이들 증거에 대하여 변호사-의뢰인 특권 침해 문제가 발생할 뿐 수정헌법 위반의 문제는 발생하지 않았다. 이에 법원은 압수수색의 유효성을 확인하고 특권을 침해하여 압수된 문서의 증거사용만을 배제하였다.

로펌 압수수색이 문제된 다른 사건으로서 연방 제3 항소법원의 In re Impounded 사건¹⁹⁹⁾에서는 영장 및 그에 첨부된 선서진술서에서 대상 문서의 위치와 유형이 특정되

198) National City Trading Corp. v. U.S., 635 F.2d 1020, 1026.

199) In re Impounded Case (Law Firm), 840 F.2d 196, 201 (3d Cir. 1988).

었다고 볼 수 있는가가 문제되었는바, 항소법원은 영장이 이를 특정하였기 때문에 수색 및 압수가 적법하다고 하면서, 이와 달리 수색의 무효를 전제로 압수문서의 반환을 명한 지방법원의 결정을 파기하였다.

또한 연방 제1 항소법원은 U. S. v. Derman 사건²⁰⁰⁾에서 항소인이 운영하는 로펌에 대한 수색영장이 구체적으로 특정되었고 수색 집행이 영장에 기재된 권한범위를 초과하지 않았음을 이유로 항소인의 증거배제신청을 기각했다. 법원은 수색 집행 과정에서 변호사들로 구성된 ‘특권 팀(privilege team)’이 압수된 모든 대상을 리뷰하고, 압수물에 특권의 보호대상인 정보가 포함되어 있는가 여부를 결정하기 위하여 수색 장소 구내에 함께 있었음을 이유에 언급하였다.

한편 로펌 압수수색과 관련한 특수문제로, 변호사가 아닌 의뢰인, 즉 자신이 변호사에게 의뢰한 사건파일이 수색 대상이 된 의뢰인이 수색의 유효성에 이의제기할 수 있는가의 문제가 있다. 수정헌법 제4조가 일신전속권이며 대리될 수 없다는 일반론²⁰¹⁾에 불구하고, 법원은 여러 사건에서 오직 압수수색을 받는 로펌 변호사만이 그에 이의할 수 있다는 정부 측의 주장을 배척하였다. 법원은 의뢰인이 그가 사건을 의뢰한 로펌에 대한 압수수색에 대해 이의를 제기할 수 있다고 하면서²⁰²⁾ 그 논거로 의뢰인은 변호사에게 의뢰한 사건 내용의 프라이버시에 대한 합리적인 기대를 갖는다는 점을 들고 있다.²⁰³⁾

(3) 수정헌법 제5조: 적법절차 권리

연방 수정헌법 제5조는 적법절차에 대한 피고인의 권리를 규정한다. 적법절차에 관한 수정헌법 제5조의 권리는 피고인 단계에서만 인정되는 제6조의 변호인의 조력을 받을 권리와 달리 기소 전에도 인정될 수 있다.²⁰⁴⁾ 이에 연방 항소법원은 변호사-의뢰

200) U.S. v. Derman, 211 F.3d 175, 181 (1st Cir. 2000).

201) Alderman v. U.S., 394 U.S. 165, 174, 89 S. Ct. 961, 22 L. Ed. 2d 176 (1969) (“Fourth Amendment rights are personal rights which, like some other constitutional rights, may not be vicariously asserted.”).

202) U.S. v. Medows, 540 F. Supp. 490, 499 (S.D. N.Y. 1982) (“Of course, the Court recognizes that [the lawyer’s] clients have an interest in the privacy of their files.”); DeMassa v. Nunez, 770 F.2d 1505, 1506 (9th Cir. 1985) (“It is axiomatic that the attorney-client privilege confers upon the client an expectation of privacy in his or her confidential communications with the attorney.”).

203) DeMassa v. Nunez, 770 F.2d 1505, 1506 (9th Cir. 1985).

인 특권에 대한 정부의 침해가 수정헌법 제5조에 따라 피의자 및 피고인이 갖는 적법절차에 대한 권리를 침해할 수 있음을 인정하여 왔다. 그러나 이러한 헌법상 적법절차권 침해를 실제 사례에 인정함에 있어 법원은 극도로 높은 기준을 요구하고 있다.

이 기준은 연방 제3 항소법원의 U.S. v. Voigt 판결²⁰⁵⁾에서 확립되었다. 동 판결에서 연방 제3 항소법원은 변호사-의뢰인 특권에 대한 정부의 침해가 수정헌법 제5조 위반으로 인정되려면 정부의 터무니없는 행동(outrageous government conduct)이 필요하다고 실시하고 동 판결 이전의 선례를 분석한 결과를 바탕으로 그 요건을 제시하였다. 이에 의할 때 변호사-의뢰인 특권을 정부가 침해하였다는 주장이 이유 있는 것이기 위해서는, 피고인이 이하 세 가지 각 요건에 관하여 요건사실을 입증하여야 한다. ① 피의자·피고인과 변호인 간 계속 중인 변호사-의뢰인 관계에 대한 정부의 객관적인 인식 ② 그 관계에 대한 고의(의도)적인 침해(deliberate intrusion); ③ 현실적이고 실질적인 손해의 발생(actual and substantial prejudice)²⁰⁶⁾

Voigt 사건에서 연방 제3 항소법원은 상기한 기준을 제시하면서, 다만 구체적인 사안에서 정부의 특권 침해행위의 의도성(deliberate intrusion)을 부정하여, 특권에 대한 정부의 침해가 수정헌법 제5조에 위반되는 수준에 이르지 않았다고 판단하였다. Voigt판결에서 채택, 제시된 이 3요건 test는 폭넓은 지지를 얻었으며, 이후 많은 연방 항소법원 판결에서 반복하여 인용되고 있다.²⁰⁷⁾

하지만 피고인이 이러한 모든 요건의 구비를 입증하는 것은 용이하지 않기 때문에, 수사기관의 특권 침해에 수정헌법 제5조 적법절차 위반이 인정되는 것은 극히 어렵고 인정받은 사례를 찾기는 극히 어렵다.

204) U.S. v. Kennedy, 225 F.3d 1187, 1194 (10th Cir. 2000)(“While a claim of a Sixth Amendment violation based on intrusion of attorney-client privilege is limited to government action which interferes with legal representation after the initiation of criminal proceedings, we acknowledge a defendant may claim his or her rights under the Due Process Clause have been violated by prosecutorial misconduct occurring prior to indictment. ... Misconduct by law enforcement officials in collecting incriminating evidence may rise to the level of a due process violation when the misconduct is outrageous enough to shock the conscience of the court.”).

205) U.S. v. Voigt 89 F.3d 1050, 1067 (3d Cir. 1996).

206) U.S. v. Voigt, 89 F.3d 1050, 1067 (3d Cir. 1996).

207) Lawson v. Smith, 2014 WL 2208186, *6 (E.D. N.Y. 2014)(“[a] mere violation of [Petitioner]’s attorney-client privilege would not warrant habeas relief[.]”).

예컨대 연방 제5 항소법원의 *United States v. Fortna* 사건²⁰⁸⁾에서 피고인 Harnage는 그의 변호사 Smith에게 마약관련 사건의 법률 조력을 의뢰하면서 \$1,000의 수입료를 지불하였다. 그럼에도 불구하고 Smith는 그 후 경찰에 자신이 Harnage의 변호사가 아니라고 말하였다. Smith는 수사기관이 자신의 마약사건 연루 혐의를 수사하자 코카인 공급업체 목록을 FBI에 제공하기로 협의하여 이를 제공하였는바, 그 목록 중에는 의뢰인 Harnage의 이름이 있었다. Harnage는 정부가 이를 사용함으로써 변호사-의뢰인 특권 및 수정헌법 제5조에 따른 적법절차와 자기부죄거부특권, 그리고 수정헌법 제6조에 따른 변호인의 조력을 받을 권리를 침해했다고 주장하였다.

법원은 헌법적 쟁점에 관하여는 “추가적인 기록을 받기에 앞서 이를 결정함이 부적절하다”면서 판단을 유보하였다.²⁰⁹⁾ 그러나 헌법위반이 인정되기 위해서는 손해의 발생이 입증되어야 한다고 하면서, “변호사 Smith가 제공한 정보가 Harnage에게 여기서 문제된 범죄에 관하여 어떤 ‘입증 가능한 손해’를 초래했는가 여부는 분명하지 않다. 왜냐하면 Smith가 공판정에서 증언하지 않았고 Harnage는 공소제기가 결정된 대배심에서 Smith가 증언했다는 점을 문제 삼지 않았기 때문이다.” 라고 판시하여 결론적으로 정부의 터무니없는 행동(outrageous government conduct)을 부정하였다.

‘입증 가능한 손해’요건이 충족되지 않은 또 다른 사례로 *United States v. Ofshe* 사건이 있다.²¹⁰⁾ 이 사건에서 피고인 Ofshe는 마약인 코카인 밀매 음모죄로 연방 Miami 지방법원에 기소되었다. 그는 두 명의 변호사, 즉 재판 전 신청을 대비하고 사건을 공판에 회부할 Black과 플리바게닝에서 소추 측과 협상할 Glass에게 사건을 의뢰하였다. 그러나 Glass는 얼마 후 자신이 시카고 사법비리 사건과 관련하여 연방검찰의 수사 대상이라는 것을 알게 되었는바, 코카인 밀매 사건에 대해 연방검찰 시카고지검에 정보를 제공하기로 협의하였고, 제공된 목록 중에 의뢰인 Ofshe의 이름이 포함되어 있었다. Glass는 또한 수사기관이 그에게 “body bug”를 설치하고 Ofshe와의 대화를 도청하는 데 동의하였다.

208) *U.S. v. Fortna*, 796 F.2d 724, 21 Fed. R. Evid. Serv. 618 (5th Cir. 1986).

209) *U.S. v. Fortna*, 796 F.2d 724, 731, 21 Fed. R. Evid. Serv. 618 (5th Cir. 1986).

210) *U.S. v. Ofshe*, 817 F.2d 1508 (11th Cir. 1987).

Ofshe는 수사기관의 행위가 터무니없는 것으로서 수정헌법 제5조의 적법절차 권리를 침해했다고 주장하였다. 그러나 법원은 “수사기관의 조치가 보편적 정의감 (sense of justice)에 충격을 줄 정도로 터무니없는 것은 아니다”라고 하여 Ofshe의 주장을 배척하였다. 법원은 수사기관과 변호사의 행위 모두 비난받을 만한 것임을 인정하면서도 다음과 같이 설시하였다.

“수사는 시카고 지검에서 시작되었으며...(마이애미에서) Ofshe를 기소하는 동안 연방 마이애미 지검 담당검사에 증거가 제공되지 않았다. 연방 시카고 지검을 돕기로 한 Glass의 제안은 Ofshe의 후속 범죄에 대한 정보를 얻기 위한 것이었고 마이애미 사건의 방어 전략 수립에 사용되지 않았다. 따라서 변호사-의뢰인 관계 침해가 Ofshe의 이익에 반한다는 어떤 증거도 제시되지 않았다. 보다 중요한 것은 Black이 열정적으로 변호했기 때문에 Ofshe가 방어활동에 손해를 입지 않았다는 점이다.”²¹¹⁾

한편 U.S. v. Segal 사건²¹²⁾에서는 수사기관이 영장을 받아 피의자의 이메일을 읽는 과정에서 변호사와 주고받은 이메일이 포함된 경우에 수정헌법 제5조 적법절차 위반여부가 문제되었다. 이에 대하여 법원은 아래와 같은 점들을 종합할 때 수사기관이 문제의 이메일이 변호사-의뢰인 특권의 보호 대상임을 인식하면서도 이를 의도적으로 읽었다고 볼 사정, 즉 기밀침해의 고의성이 입증되었다고 볼 수 없기 때문에 수정헌법 제5조 위반으로 볼 수 없다고 판결하였다.

“피고인들이 주장하는 스크린 절차들을 사전에 적극적으로 사용하지 않은 수사기관의 무분별함은 피고인의 적법절차 권리를 침해하지 않는다.

첫째, 정부가 피고인의 의사교환이 변호사-의뢰인 특권에 의해 보호되는 것임을 인식하면서도 이를 적극적 의도 하에 읽었다고 볼 아무런 증거가 없다. 자료를 리뷰한 수사요원들은 변호사-의뢰인 특권으로 보호되는 정보임을 알면서 고의로 리뷰한 것이 아니라는 취지로 진술했고, 피고인이 변호사와 주고받은 이메일을 읽으려 시도한 바도 없다고 진술했다. 나아가 정부는 사내 고문변호사의 이메일을 접근 가능한 형식으로

211) U.S. v. Ofshe, 817 F.2d 1508, 1516 (11th Cir. 1987).

212) U.S. v. Segal, 313 F. Supp. 2d 774, 780 (N.D. Ill. 2004).

변환하지도 않았다. 이러한 사실들은, 수사기관이 변호사-의뢰인 특권 침해를 회피하기 위한 조치에...(중략)... 태만하였으나, 어쨌든 정부가 변호사-의뢰인 특권의 보호대상임을 알면서 의도적으로 침해한 것이 아님을 보여준다.”

한편 형사사건에서 당사자주의에 의한 대심 절차에 의하지 않고, 일방만이 인 카메라(in camera) 심리에서 판사에게 일방(ex parte) 심리방식으로 변호사-의뢰인 특권 관련 분쟁대상인 기밀자료를 제출하여 판단 받는 것이 형사피고인이 갖는 수정헌법 제5조의 적법절차 권리를 침해하는가가 논의된다. 하지만 법원은 수정헌법 제5조에 위반되지 않는다는 입장을 견지하고 있어,²¹³⁾ 형사사건에서 인 카메라(in camera) 및 일방(ex parte) 심리는 변호사-의뢰인 특권 분쟁 해결에 널리 수행되고 있다.

(4) 수정헌법 제5조: 자기부죄거부특권

1) 자기부죄거부특권과 변호사-의뢰인 특권

수정헌법 제5조는 그 일부에서 “[누구도]... 어떤 형사 사건에서도 자신에 대한 증인이 되도록 강요되어서는 안 된다.”라고 하여 자기부죄거부특권을 규정한다.²¹⁴⁾ 자기부죄거부특권은 내용상 변호사-의뢰인 특권과 구별되고²¹⁵⁾ 일견 서로 별다른 관계가 없어 보일 수 있다. 그러나 예컨대 수사기관이 의뢰인이 변호사에게 사건에 관하여 법적 조력을 얻고자 상담하는 과정에서 그 기초 자료로 변호사에게 건넨 서류 등 대상을 변호사로부터 압수한 행위가, 연방대법원에서 변호사-의뢰인 특권 및 자기부죄거부특권 침해와 관련하여 논의된바 있다.

수정헌법 제5조가 수사기관이 피고인의 변호사로 하여금 그가 특정 사건에 관한 법률상담 시에 그 의뢰인인 피고인으로부터 전달 받은 유죄 증거를 의뢰인의 의사에 반

213) Paul R. Rice, Attorney-Client Privilege in the United States(2020), § 10:5, § 11:17; In re John Doe Corp., 675 F.2d 482, 10 Fed. R. Evid. Serv. 1390 (2d Cir. 1982).

214) “[n]o person ... shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself. ...”

215) In re January 1976 Grand Jury, 534 F.2d 719, 727-28 (7th Cir. 1976) (“Analytically, of course, [the attorney-client] privilege is not identical with the Fifth Amendment right, even though closely related concepts of privacy and confidentiality play an important role in determining the scope of the two privileges.”); In re LeFande, 297 F. Supp. 3d 1, 3 (D.D.C. 2018), aff’d, 919 F.3d 554 (D.C. Cir. 2019) (a defendant’s “blanket assertion of attorney-client privilege” does not suffice to object to a deposition, and that defendant is “required to assert both the Fifth Amendment privilege and the attorney-client privilege on a question by question basis.”).

하여 제출하게 하는 것을 보호범위에 포함하지 않는다고 볼 때에는²¹⁶⁾ 변호사-의뢰인 특권이 이에 대해 수정헌법 제5조의 자기부죄거부특권이 제공하지 않는 보호를 제공할 여지가 있다. 또한 자기부죄거부특권과 달리 변호사-의뢰인 특권은 변호사가 피고인의 특권을 주장할 수 있다.²¹⁷⁾ 이런 점에서 이 특권과 자기부죄거부특권은 긴밀한 연관을 갖는다고 볼 수 있다.

그러나 미 연방대법원은 Fisher v. United States 사건²¹⁸⁾에서 정부기관이 변호사에게, 그 의뢰인과의 법률상담 과정에서 의뢰인으로부터 건네받아 소지한 증거서류인 회계기록을 제출하도록 강제한 제출명령(summons)을 발한 사안에 관하여, 그것이 의뢰인에 대해서 어떤 행동을 하거나 증언하도록 강제하지 않으므로 수정헌법 제5조에 위반되지 않는다고 판시하고,²¹⁹⁾ 나아가 변호사-의뢰인 특권을 상술한 방식으로 해석하는 것을 거부하였다.

오히려 연방대법원은 이 사건에서 변호사-의뢰인 특권의 보호범위에 관하여, 제출강제의 대상인 (의뢰인이 스스로 작성하지 않은) 증거서류가 변호사에게 전달되지 않고 여전히 의뢰인 자신이 그 서류를 소지하는 경우를 가정하고, 의뢰인 본인에게 그 제출을 명하여 강제하는 것이 자기부죄거부특권을 침해하는 때에 한하여, 그것을 건네받은 변호사에 대한 제출명령·제출강제가 변호사-의뢰인 특권을 침해한다고 판시하였다.

이 판결에서는 의뢰인 자신이 이를 소지하였더라도 의뢰인에 대한 제출명령이 자기부죄거부특권을 침해하지 않으므로²²⁰⁾ 이를 전달받은 변호사를 상대로 한 제출명

216) Wayne R. Gross, "Erosion of the Fifth Amendment Through the Use of the Defense Counsel as Witness", 39 Hastings L.J. 927, 941 (1988).

217) Couch v. U.S., 409 U.S. 322, 334-335, 93 S. Ct. 611, 34 L. Ed. 2d 548 (1973); In re January 1976 Grand Jury, 534 F.2d 719, 724 (7th Cir. 1976).

218) Fisher v. U.S., 425 U.S. 391, 96 S. Ct. 1569, 48 L. Ed. 2d 39 (1976).

219) Fisher v. U.S., 425 U.S. 391, 397, 96 S. Ct. 1569, 48 L. Ed. 2d 39 (1976)("[E]nforcement [of a document summons] against a taxpayer's lawyer would not 'compel' the taxpayer to do anything—and certainly would not compel him to be a 'witness' against himself."); 관련한 최근의 연방대법원 판시로 Carpenter v. U.S., 138 S. Ct. 2206, 201 L. Ed. 2d 507 (2018)("the right against self-incrimination as applicable only to testimony, not the production of incriminating evidence").

220) Fisher v. U.S., 425 U.S. 391, 397, 96 S. Ct. 1569, 48 L. Ed. 2d 39 (1976)("[E]nforcement [of a document summons] against a taxpayer's lawyer would not 'compel' the taxpayer to do any—

령이 변호사-의뢰인 특권을 침해하지 않는 것으로 판단되었다. 이는 결과적으로 이런 사안에서 변호사-의뢰인 특권의 보호범위를 자기부죄거부특권의 보호범위와 일치시킨 것으로 평가된다.²²¹⁾ 일부에서는 이러한 판결의 근거에 증거은닉 목적의 사기적 의뢰 가능성을 줄이려는 연방대법원의 정책적인 고려 또는 의도가 내재되어 있다는 평가가 제시되기도 한다.²²²⁾

그러나 이 판결에 대해서는 의사교환의 내용과 관계없이 기밀 의사교환 자체를 보호하는 특권의 성격에 반하고, 의뢰인이 법인인 경우 변호사-의뢰인 특권이 전면 배제되는 결과가 되어 부당하다는 비판²²³⁾도 제시된다. 이 입장에서는 사기적 의뢰의 방지는 변호사-의뢰인 특권의 요건으로서 의사교환을 행한 목적(법률자문을 받을 목적) 또는 요청한 법률 조력과 대상물 교부 간 합리적 관련성 결여 등을 통하여 특권 적용을 배제함으로써 달성될 수 있다고 주장한다.

2) 자기부죄거부특권 및 변호사-의뢰인 특권의 침해

Fisher v. United States 판결에 의할 때 자기부죄거부특권 및 변호사-의뢰인 특권이 함께 침해되는 경우가 있을 수 있다. 이와 관련하여 동 판결은 제출명령에 따른 증거자료 제출행위가 내포하는 진술적 성격을 언급한다. 즉 피의자가 증거서류 제출명령에 따라 이를 제출하는 행위에는 진술이 암묵적으로 내포되어 있는데, 그것은 구체적으로 ① 증거서류의 존재, ② 그 소지 및 관리, ③ 제출하는 서류들이 제출명령에 기재된 바로 그것이라는 피의자의 믿음에 관한 진술이다. 이 한도에서 증거서류 제출은 부분적으로 자기부죄 진술의 성격을 포함하고, 제출명령은 이를 강제하는 한도에서 수정헌법 제5조에 위반될 여지가 있다는 것이다.

thing—and certainly would not compel him to be a ‘witness’ against himself.”); Couch v. U.S., 409 U.S. 322, 334–35, 93 S. Ct. 611, 34 L. Ed. 2d 548 (1973); Carpenter v. U.S., 138 S. Ct. 2206, 201 L. Ed. 2d 507 (2018); 물론 변호사가 자기 자신에 대한 “소추의 진정한 위험”을 입증하면 그 자신의 수정헌법 제5조 특권을 주장할 수 있다. U.S. v. Hodge and Zweig, 548 F.2d 1347, 1352 (9th Cir. 1977).

221) Paul R. Rice, Attorney-Client Privilege in the United States(2020), § 10:4.

222) Paul R. Rice, Attorney-Client Privilege in the United States(2020), § 10:4.

223) 법인에게는 자기부죄거부특권이 인정되지 않기 때문이며, 이는 변호사-의뢰인 특권이 의뢰인이 자연인이든 법인이든 의뢰인을 동등한 정도로 보호한다는 원칙에도 반한다고 한다. Paul R. Rice, Attorney-Client Privilege in the United States(2020), § 10:4.

그러면서 Fisher 판결은 이른바 ‘Foregone Conclusion Doctrine(이미 알려진 결론의 법리)’으로 불리는 예외를 허용한다. 피의자가 문서제출명령에 따르는 행위에 암묵적으로 내포된 진술들, 즉 피의자가 문서를 소지하고 있다는 사실 등을 수사기관이 별도의 정보를 통해 이미 알고 있었다면, 문서제출명령 이행을 강제하는 과정에서 피의자에게 강요하는 암묵적인 진술은 수사기관에 이미 알려진 결론(forgone conclusion)일 뿐이어서 수정헌법 제5조 위반의 문제가 발생하지 않는다는 것이다. 연방대법원은 Fisher 판결 사안에서 이에 따라 수사기관이 변호인이 범죄관련 증거인 서류를 갖고 있던 점을 이미 알고 있었음을 이유로 자기부죄거부특권 및 변호사-의뢰인 특권 침해를 부정하였다.

그런데 연방대법원은 이후 United States v. Hubbell 판결²²⁴⁾에서 상기한 ‘Foregone Conclusion Doctrine’을 따르면서도 제출명령의 대상인 문서의 소재 등이 수사기관에 이미 알려진 결론이 아니라고 하여 자기부죄거부특권 침해를 인정한바 있다. 이 사건에서 연방대법원은 문서제출명령을 피의자에게 강제하는 행위에 암묵적으로 피의자에게 진술을 강요하는 면이 포함되어 있다는 Fisher 판결의 논증을 그대로 따르면서도, Fisher 사건과 달리 이 사건에서는 수사기관이 13,120쪽에 이르는 서류의 존재 또는 소재를 알고 있었음을 증명하지 못하였으므로, 이미 알려진 결론(Forgone Conclusion)의 예외가 인정되지 않는다고 판단하였다.

연방대법원이 이 사건에서 ‘Foregone Conclusion’과 관련하여 수사기관에 합리적인 특정(reasonable particularity)을 요구한 것은 주목할 만하다. 즉 연방대법원은 이 사건에서 ‘Foregone Conclusion Doctrine’의 적용범위가 불명확함을 시사하고 그것이 신중하게 적용될 필요가 있음을 보여주고 있다.²²⁵⁾ 따라서 변호사에게 그 의뢰인과 법률상담 시 의뢰인으로부터 건네받은 증거서류를 제출하도록 강제하는 조치가 ‘Foregone Conclusion Doctrine’의 적용을 위한 요건을 충족하지 못하는 경우에는 연방 수정헌법 제5조의 자기부죄거부특권 및 변호사-의뢰인 특권을 침해할 수 있다.

224) United States v. Hubbell, 530 U.S. 27 (2000).

225) “Whatever the scope of this ‘foregone conclusion’ rationale, the facts of this case plainly fall outside of it[United States v. Hubbell, 530 U.S. 27, 45 (2000)]; Vivek Mohan · John Villasenor, “Decrypting the Fifth Amendment: The Limits of Self-Incrimination in the Digital Era”, Journal of Constitutional Law, Vol.15, 11-28(2012), 14-15.

(5) 수정헌법 제6조: 변호인의 조력을 받을 권리

수정헌법 제6조는 형사피고인에게 변호인의 효과적인 조력(effective assistance)을 받을 권리를 보장한다.²²⁶⁾ 변호사-의뢰인 특권과 변호인의 법적 조력의 효율성은 일견 상호 긴밀한 관련이 있는 것으로 관념될 여지가 있으나, 판례는 수정헌법 제6조가 변호사-의뢰인 특권의 헌법적 근거가 되지 않는다고 판시하여 왔다.²²⁷⁾ 따라서 변호사-의뢰인 특권을 침해하더라도 그것만으로는 곧바로 수정헌법 제6조 위반이 인정되지 않는다.²²⁸⁾ 나아가 판례는 변호사-의뢰인 특권에 대해 수정헌법상 다른 조항의 해석 등을 통해서도 헌법상 권리성이 인정되지 않는다는 태도를 견지한다.²²⁹⁾

그러나 상황에 따라서 변호사-의뢰인 특권에 대한 침해가 수정헌법 제6조가 규정하는 피고인에 대한 변호인의 ‘효과적인 조력(effective assistance)’을 저해하는 경우에는 수정헌법 제6조 위반 문제가 제기 될 수 있다.²³⁰⁾ 물론 여기에서 관건은 침해가 ‘효과적인 조력’을 제공하는 변호사의 능력을 “저해하였다(prejudiced)”는 사실을 입증하는 것이다.²³¹⁾

연방대법원의 Weatherford 대 Bursey 사건²³²⁾에서는, 변호사-의뢰인 특권을 침해한 정부의 행위가 수정헌법 제6조가 보장하는 피고인의 효과적인 변호인의 조력을

226) “in all criminal prosecutions, the accused shall enjoy the right ... to have the Assistance of Counsel for his defense.”

227) Granviel v. Estelle, 655 F.2d 673, 682-83 (5th Cir. 1981).

228) Wise v. Samuels, 2014 WL 1280975, *2 (E.D. Va. 2014)(“Further, a violation of attorney-client privilege does not constitute a cognizable Sixth Amendment violation.”); U.S. v. Nelson, 732 F.3d 504 (5th Cir. 2013), cert. denied, 134 S. Ct. 2682, 189 L. Ed. 2d 224 (2014).

229) Lange v. Young, 869 F.2d 1008, 1012 n. 2 (7th Cir.1989); Sanborn v. Parker, 629 F.3d 554, 575 (6th Cir. 2010); Williams v. Campbell, 2016 WL 6873391, *18 (E.D. Mich. 2016)(“The attorney-client privilege is a creation of the common law, not the federal constitution.”).

230) Clutchette v. Rushen, 770 F.2d 1469, 1471, 3 Fed. R. Serv. 3d 265 (9th Cir. 1985)(“... In some situations, however, government interference with the confidential relationship between a defendant and his counsel may implicate Sixth Amendment rights. ... Such an intrusion violates the Sixth Amendment only when it substantially prejudices the defendant.”).

231) U.S. v. Carter, 966 F. Supp. 336, 343 (E.D. Pa. 1997), judgment aff'd, 156 F.3d 493, 50 Fed. R. Evid. Serv. 251 (3d Cir. 1998)(the defendant must demonstrate “(1) the government's objective awareness of an ongoing, personal attorney-client relationship between its informant and the defendant; (2) deliberate intrusion into that relationship; and (3) actual and substantial prejudice.”); U.S. v. Collins, 799 F.3d 554, 592, 98 Fed. R. Evid. Serv. 328 (6th Cir. 2015).

232) Weatherford v. Bursey, 429 U.S. 545, 97 S. Ct. 837, 51 L. Ed. 2d 30 (1977).

받을 권리를 침해하였는가가 문제되었다. 이 사건에서는 수사기관의 비밀 요원이 공동 피고인으로 위장하여 피고인 주위에 잠입하였고, 그 신분이 발각되지 않기 위해 피고인과 그 변호사 간의 방어 전략 회의에도 참여하였으며 심지어 피고인의 재판에 공판정 증인으로 소환되기까지 하였다.

이에 대해 연방대법원은 변호사-의뢰인 간 의사교환의 기밀 침해를 인정하면서도 그것이 수정헌법 제6조가 피고인에게 보장하는 변호인의 효과적인 조력을 받을 권리에 대한 부정(denial)을 초래하지 않았다고 판결하였다. 그러한 침해가 그 자체로 곧 피고인의 수정헌법 제6조 권리를 부정하는 것은 아니며, 그 비밀요원이 전략 회의에 참여하여 들은 내용이 소추 측에 공유되거나 공판정에서 증언되지 않았다는 점을 감안할 때, 그러한 위반이 의뢰인을 효과적으로 조력하는 변호인의 능력에 직·간접적 영향을 끼치지 않았다고 판단하였다.²³³⁾

형사절차에서 변호인과 그 의뢰인인 피고인(또는 피의자) 간의 기밀 대화가 수사기관에 의하여 부적절한 방법으로 획득된 경우에, 판례들은 그와 같이 획득된 정보가 소추 측과 어떤 형태로도 연관되지 않았거나 그러한 정보를 유죄 입증을 위한 직접 증거로 사용하지 않은 경우에는 변호인의 효과적인 조력 능력에 대한 손해가 인정될 수 없다고 보아 수정헌법 제6조 위반을 부정하는 경향을 보인다.²³⁴⁾ 그렇다면 반대의 경우, 즉 수사기관이 그러한 정보들을 사용하였을 경우에 변호인의 효과적인 조력능력에 대한 해를 인정할 것인가, 또는 적어도 손해가 추정될 것인가가 논의될 수 있다.

233) *Weatherford v. Bursey*, 429 U.S. 545, 556, 97 S. Ct. 837, 51 L. Ed. 2d 30 (1977).

234) *U.S. v. Ofshe*, 817 F.2d 1508, 1515 (11th Cir. 1987)(attorney's clothing was bugged and police monitored attorney-client communications); *U.S. v. Sander*, 615 F.2d 215, 219 (5th Cir. 1980); *U.S. v. Neill*, 952 F. Supp. 834, 840 (D.D.C. 1997)("an intrusion may result in a constitutional violation if privileged information is intentionally obtained and used to the defendant's detriment at trial. Where government agents acquire privileged information, but do not communicate that information to the prosecutors, there is no Sixth Amendment violation. ... While there is a presumption that the information is conveyed to the prosecution team, ... the government may rebut that presumption by showing the existence of suitable safeguards ... or by demonstrating that 'there will be no prejudice to the defendants as a result of these communications.'"); *U.S. v. Pelullo*, 917 F. Supp. 1065, 1078 (D.N.J. 1995)("a defendant must first show that the government has made use of privileged information. In the present case, Pelullo has failed to establish that the government has made use of or even had access to any privileged documents relevant to the charges contained in the indictment.").

Weatherford 사건에서 연방대법원은 이 문제를 명확하게 실시하지 않아, 변호사와 의뢰인 간 기밀 통신이 해당 사건을 뒷받침하기 위해 정부에 의해 직·간접적으로 사용된 경우에 효율적 조력에 대한 손해가 추정되어야 하는가에 관한 문제를 미해결인 상태로 남겨두고 있다.²³⁵⁾ 다만 하급심에서는 입수된 기밀 의사교환이 소추 측 당사자에 의하여 '직접' 사용된 경우에도 조력능력 손해가 추정되지 않는다고 한 판결²³⁶⁾ 등과 이와 반대로 추정을 인정한 판결²³⁷⁾이 병존한다. 이로 인해 판례는 이 문제를 해결하는 일반적 원칙을 세우기보다 개별 사례별 분석에 의한 접근방법을 취하고 있는 것으로 평가되기도 한다. 한편 '간접'적 사용은 이른바 파생증거 사용의 적법성 문제와 연관된다. 판례는 헌법위반에 이르지 않는 단순한 변호사-의뢰인 특권 위반으로 파생된 2차 증거 사용을 별다른 제한 없이 허용하고 있다.

변호인의 효과적 조력에 대한 손해 여부 판단에 있어 변호사-의뢰인 관계에 대한 수사기관의 고의적 침해가 고의 없는 비의도적 침해와 다르게 취급되어야 하는가, 만약 그렇다면 어떻게 다른가 역시 아직 명확하게 해결된 상태는 아니다.

하급심 판결들은 이 문제에 관하여 일관되어 있지 않다. 침해의 고의성 여부가 변호인의 조력 손해 여부를 판단하는 하나의 고려요소이기는 하지만,²³⁸⁾ 연방 항소법원 판결 중에는 고의성이 수정헌법 제6조 위반을 인정하기 위한 필요조건이라거나 또는 충분조건이라고 말할 수는 없다고 판시한 것들이 있다.²³⁹⁾

235) Paul R. Rice, Attorney-Client Privilege in the United States(2020), § 10:6.

236) U.S. ex rel. Shiflet v. Lane, 625 F. Supp. 677, 685-89 (N.D. Ill. 1985), judgment rev'd on other grounds, 815 F.2d 457 (7th Cir. 1987).

237) State v. Bain, 292 Neb. 398, 400, 872 N.W.2d 777, 780 (2016).

238) U.S. v. Brugman, 655 F.2d 540, 546, 8 Fed. R. Evid. Serv. 392 (4th Cir. 1981)("Four factors that must be weighed: (1) whether the presence of the informant was purposely caused by the government in order to garner confidential, privileged information, or whether the presence of the informant was a result of other inadvertent occurrences; (2) whether the government obtained, directly or indirectly, any evidence which was used at trial as a result of the informant's intrusion; (3) whether any other information gained by the informant's intrusion was used in any other manner to the substantial detriment of the defendant; and finally, (4) whether the details about trial preparation were learned by the government."); U.S. v. Tyerman, 701 F.3d 552, 559 (8th Cir. 2012), cert. denied, 133 S. Ct. 1849, 185 L. Ed. 2d 852 (2013).

239) U.S. ex rel. Shiflet v. Lane, 625 F. Supp. 677, 687 (N.D. Ill. 1985), judgment rev'd on other grounds, 815 F.2d 457 (7th Cir. 1987)("We thus reject the conclusion that affirmative, planned governmental intrusion on the attorney-client relationship is an absolute prerequisite to a finding that the defendant's Sixth Amendment rights have been violated.").

반면 침해에 고의성이 있는 경우에는 변호인의 조력에 대한 손해가 추정된다는 판결들도 있다. 이러한 경우 굳이 변호인의 효율적 조력의 손해 여부에 대한 구체적 조사 및 판단을 할 필요가 없다거나²⁴⁰⁾ 의사교환 획득 당시 의사교환 당사자의 관계를 알지 못하는 등 그 기밀성을 인식하지 못했더라도, 이후 이를 인식하면서 사용으로 나아간 때에는 수정헌법 제6조 위반이 인정되며 그 경우에 손해 요건 충족 여부 판단은 불필요하다고 판시한 연방 항소법원 판결,²⁴¹⁾ 나아가 이러한 추정을 긍정하면서 소추 측이 이 추정을 반증을 통해 복명하지 않는 한 공소기각 사유가 될 수 있다고 판시한 지방법원 판결도 있다.²⁴²⁾

변호사-의뢰인 관계를 침해한 기밀사항의 취득 및 그 기밀사항의 사용, 그리고 그 취득 및 사용에 있어서 수사기관의 고의성 여부 등에 따른 변호인의 효율적 조력능력의 손해에 대한 추정은, 해를 입증할 책임이 최종적으로 피고인에게 있는 점에 변함이 없으므로 법률상 추정이 아니며, 수사기관의 반증을 통하여 복명될 수 있는 사실상 추정으로 평가된다.²⁴³⁾

수사기관이 변호사-의뢰인 간 의사교환의 입수 과정에서 보인 태도, 즉 그 능동성 여부도 고려 사항이 될 수 있다. 일부 판결은 수사기관 측이 변호사-의뢰인 특권의 보호대상인 기밀정보 입수에 있어서 전적으로 수동적으로 임하였을 뿐인 단순한 수령인에 불과한 경우에는 수정헌법 제6조 위반이 성립하지 않는다고 판시한바 있다.²⁴⁴⁾

(6) 수정헌법 제6조: 불리증인 대면권

연방 수정헌법 제6조는 변호인의 조력을 받을 권리 외에 형사피고인이 “그에게

240) *Shillinger v. Haworth*, 70 F.3d 1132, 1142 (10th Cir. 1995).

241) *Bishop v. Rose*, 701 F.2d 1150, 12 Fed. R. Evid. Serv. 1450 (6th Cir. 1983).

242) *U.S. v. Neill*, 952 F. Supp. 834 (D.D.C. 1997) (“It would be presumed that the seized information was conveyed to the government attorneys trying the action, and that the defendant was sufficiently prejudiced to dismiss the action.”).

243) Paul R. Rice, *Attorney-Client Privilege in the United States*(2020), § 10:4.

244) *Dye v. Hofbauer*, 197 Fed. Appx. 378, 2006 FED App. 0706N (6th Cir. 2006) (“Although government interference with a defendant’s relationship with his counsel may constitute a Sixth Amendment violation, that was not the case here, given the fact that the state’s role was entirely passive; though the attorneys, Seidel, Dawson, and Stever approached the state voluntarily.”).

불리한 증인과 대면할(confront the witnesses against him)” 권리를 보장한다.²⁴⁵⁾ 대면권은 피고인이 불리한 증인을 반대신문할 기회를 제공함으로써 피고인의 방어권을 보장하는 데 취지가 있다. 그런데 피고인의 증인에 대한 반대신문권은 증인이 아닌 사항을 증언을 통하여 적극적으로 현출시키려는 권리인 반면, 피고인의 변호사-의뢰인 특권은 피고인이 자기와 변호인 간 의사교환을 현출하지 않는 권리가기 때문에 양자는 평면이 다르다. 피고인에 대한 변호사-의뢰인 특권 침해가 동시에 피고인의 증인에 대한 대면권을 침해하는 경우는 상정하기 어렵다.

이와 달리 피고인이 수정헌법 제6조의 대면권에 근거하여 행사하는 반대신문권과 증인이 행사하는 변호사-의뢰인 특권은 상호 충돌할 수 있는 관계에 있다. 피고인이 소추 측 증인에 대하여 행하는 반대신문에서 그 증인이 변호사-의뢰인 특권을 주장하여 답변을 거부하는 경우에, 특권 행사에 의한 피고인의 대면권 침해가 논의될 수 있다. 예컨대 공범 상호간 범행 전가 경향이 뚜렷한 상황에서 검사가 공범 중 일부를 소추 측 증인으로 신청하는 경우, 또는 진범이 다른 사람에게 혐의 전가를 시도하여 무고한 사람이 기소된 경우에 공범 또는 진범이 각 그 변호사에게 털어 놓은 혐의 인정 진술을 법정에서 현출하기 위해 변호사를 증인으로 신청한 경우 등에 상술한 문제가 발생한다.

논리적으로는 헌법상 권리인 대면권이 헌법상 권리 아닌 변호사-의뢰인 특권에 우선한다고 볼 여지도 있다. 미국에서 이는 주로 변호사-의뢰인 특권의 예외 관련 문제로 논의된다. 이에 관하여는 항을 바꾸어 변호사-의뢰인 특권의 예외에 관한 이하 논의에서 검토하기로 한다.

245) 연방 수정헌법 제6조 “모든 형사소추에 있어서 피고인은 범죄를 행한 주 및 법률이 미리 정한 지역의 공정한 배심에 의한 신속한 배심재판을 받을 권리, 사건의 성질과 이유에 관하여 고지받을 권리, 자기에게 불리한 증인과 대면할 권리, 자기에게 유리한 증인을 얻기 위하여 강제절차를 취할 권리, 자신의 변호를 위하여 변호인의 조력을 받을 권리를 갖는다”(“In all criminal prosecutions, the accused shall enjoy the right to a speedy and public trial by an impartial jury of the State and district wherein the crime shall have been committed, which district shall have been previously ascertained by law, and to be informed of the nature and cause of the accusation; to be confronted with the witnesses against him; to have compulsory process for obtaining witnesses in his favor, and to have the Assistance of Counsel for his defence.”).

VIII. 변호사-의뢰인 특권의 예외

1. 개요

미국에서도 변호사-의뢰인 특권은 헌법에 기반한 권리가 아니다. 그 근거는 의뢰인과 변호사 간 의사교환의 기밀을 보장함으로써 변호사와 법률상담에서 기탄없이 관련 정보를 제공하게 하고 사회 전체의 준법의식을 제고한다는 정책상 필요이기에 상황에 따라 다른 정책적 필요와 형량될 가능성을 배제하지 않는다. 따라서 특권을 인정할 정책적 필요가 소멸하거나 또는 정책적 필요를 압도하는 다른 정책상적 필요가 인정되는 상황에서는 예외가 인정될 가능성을 내포한다.

특권에 대한 구체적인 규율이 헌법이나 성문법이 아닌 판례에 의하여 형성되었듯, 특권의 예외법리 역시 판례에 의하여 전개되어 왔다. 통상적으로 특권은 예외사유가 인정되지 않는 한 절대적, 영구적인 보호를 제공하는 것으로 설명된다. 하지만 이하에 보듯 다양한 사유를 이유로 특권의 예외가 인정되는바, 이를 통하여 특권법이 추구하는 정책적 목표 및 다른 정책적 이익에 의하여 추구되는 공익 간의 상호 조화가 도모되어 왔다고 할 수 있다.

특권의 예외를 인정한 판례들이 극히 방대하여 이를 모두 소개하는 것은 어렵다. 이하에서는 판례가 전개한 특권의 예외법리를 유형 별로 구분하고, 각 유형 별 내용을 개략적으로 검토한다.

2. 특권의 남용: 범죄/사기 예외(crime/fraud exception)

가. 일반론

이 특권은 의뢰인과 변호사 간 자유로운 의사교환을 촉진하여 전체 사법 시스템의 기능 및 시민의 법 준수를 제고하려는 정책적 이익에 기초하여 인정된다.²⁴⁶⁾ 때문에 이러한 정책적 근거를 그대로 지지하기가 곤란한 상황 하에서는 특권을 인정하는 기초가 상실된다. 이런 상황에서 판례는 특권에 여러 예외를 인정하였는바, 그 중 대표적 유형이 바로 ‘범죄/사기 예외(crime/fraud exception)’이다.

246) *Finley Associates, Inc. v. Sea & Pines Consolidated Corp.*, 714 F. Supp. 110, 117 (D. Del. 1989).

범죄/사기의 예외에 의하면, 의뢰인이 자기의 범죄/사기 목적 또는 제3자의 범죄/사기를 촉진할 목적으로 변호사와 의사교환을 이용한 때에는 변호사-의뢰인 특권이 적용되지 않는다. 이는 연방대법원의 Clark v. United States 판결²⁴⁷⁾에서 비롯되었는데, 의뢰인이 법적 의무를 위반할 의도로 변호사와 상담하여 법적 조력을 받는 것은 사회정책적 이익에 반하는 것으로서, 이러한 불법적인 의도를 특권의 보호에서 박탈하는 것이 공공이익에 부합한다는 점이 근거로 명시되고 있다.

특권과 그 예외가 주로 정책 측면에 근거한 것이기 때문에, 정책적 필요에 따라 특권 또는 그 예외의 확장이 오히려 용이하게 된 측면도 있다. 후술하듯 비록 이 예외의 이름이 범죄/사기 예외이기는 하지만, 범죄/사기 예외는 판례에서 다른 특수 분야의 고의 불법행위는 물론, 민사적 불법행위예까지 확장되고 있다. 즉 이런 목적의 의사교환은 특권의 인정취지를 벗어난 것으로 정책적 보호를 받을 자격이 없다는 것이다.²⁴⁸⁾ 연방 제9 항소법원의 United States v. Hodge and Zweig 사건²⁴⁹⁾에서 케네디 판사는 의뢰인이 변호사와 행한 의사교환의 합법적 목적을 특권 인정의 '전제조건'으로 표현하고 있다.

관련하여 업무 성과물 원칙(work product doctrine)에서도 의뢰인의 사기적 의도는 예외사유가 될 수 있다. 다만 변호사-의뢰인 특권과 달리, 의뢰인의 사기적 의도가 인정되더라도 만약 의뢰인의 범죄나 사기를 변호사가 인식하지 못했거나 또는 이에 의도적으로 가담하지 않았다면 변호사가 자기 작업 산출물을 보호하기 위해 업무 성과물 원칙을 주장할 수 있다.²⁵⁰⁾

247) Clark v. United States, 289 U.S. 1, 15, 53 S.Ct. 465, 469, 77 L.Ed. 993 (1933); Fellerman v. Bradley, 493 A.2d 1239, 1245 (N.J. 1985).

248) Coleman v. American Broadcasting Companies, Inc., 106 F.R.D. 201, 206-07 (D.D.C. 1985).

249) U.S. v. Hodge and Zweig, 548 F.2d 1347, 1355 (9th Cir. 1977).

250) In re Green Grand Jury Proceedings, 492 F.3d 976 (8th Cir. 2007); In re Antitrust Grand Jury, 805 F.2d 155, 168, 21 Fed. R. Evid. Serv. 1341 (6th Cir. 1986); In re Grand Jury Proceedings, 867 F.2d 539, 541, 27 Fed. R. Evid. Serv. 705 (9th Cir. 1989).

In re Grand Jury Proceedings, 867 F.2d 539, 541, 27 Fed. R. Evid. Serv. 705 (9th Cir. 1989).

나. 요건

(1) ‘사기’ 또는 ‘범죄’

가) 인정취지

역사적으로 이 예외는 범죄/사기 예외로 표현되어 왔고, 그 취지는 특권을 보호하는 전제가 이 경우 유지될 수 없기 때문으로 설명되었다. 그러나 의뢰인이 변호사-의뢰인 관계를 남용하여 이익을 얻을 수 없게 한다는, 예외인정의 근거에 비춰 보면 논리적으로 반드시 범죄활동에 대해서만 이러한 예외를 인정할 필연적 이유가 없음이 지적된다. Wigmore 교수는 “범죄 또는 사기에 대한 정의들 간의 조잡한 경계에서 어떤 방법으로라도 윤리적 경계가 적절하게 그려질 수 있는지, 또는 법이 어떻게 법을 무시하고 타인의 권리 - 그 정확한 성격이 무엇이든 간에 - 를 박탈하려는 고의적인 계획을 보호할 수 있는가를 알기 어렵다”고 언급한다.²⁵¹⁾

나) 범죄/사기 등 행위의 범위

다수 법원들이 Wigmore의 견해에 찬성하여 예외를 보다 광범위하게 인정하고 있다. 이러한 법원들은 범죄/사기에 예외를 한정하지 않고 그 밖의 고의의 불법행위에 대해서도 이를 적용하여²⁵²⁾ 사기나 범죄가 아닌 특허, 반독점, 증권법상의 불법행위 등에 이를 적용하여 왔고²⁵³⁾ 법원의 보호명령 위반에 이를 적용하거나²⁵⁴⁾ 심지어 잠재적

251) John H. Wigmore / John T. McNaughton, *Evidence in trials at common law*(Volume 8)(1961), 577; Paul R. Rice, *Attorney-Client Privilege in the United States*(2020), § 8:12에서 재인용.

252) *Horizon of Hope Ministry v. Clark County, Ohio*, 115 F.R.D. 1, 5 (S.D. Ohio 1986)(“Attorney/client communications which are in perpetuation of a tort are not privileged.”); *In re St. John sbury Trucking Co., Inc.*, 184 B.R. 446, 456 (Bankr. D. Vt. 1995)(“Precedent and authority al so recognize that not just technical crimes or frauds are excluded from the attorney-client privilege.”); *In re Grand Jury Subpoena Duces Tecum Dated Sept. 15, 1983*, 731 F.2d 1032, 1041, 15 Fed. R. Evid. Serv. 327, 38 Fed. R. Serv. 2d 1351 (2d Cir. 1984).

253) *Rambus, Inc. v. Infineon Technologies AG*, 222 F.R.D. 280, 288-89 (E.D. Va. 2004)(spoliation 은 crime이나 fraud가 아니지만, crime/fraud exception이 적용된다고 판시); *Duplan Corp. v. Deering Milliken, Inc.*, 397 F. Supp. 1146, 1172 (D.S.C. 1974)(반독점법 위반 불법행위(business torts in the form of antitrust violation)에 관하여 crime/fraud exception이 적용된다고 판시; “Communications made before the fact of or during the commission of a crime, fraud, or tort between an attorney and persons within the control group of the corporate client are not protected by the attorney-client privilege.”); *In re Sealed Case*, 676 F.2d 793, 807, 10 Fed. R. Evid. Serv. 490, 33 Fed. R. Serv. 2d 1778 (D.C. Cir. 1982)(The crime/fraud exception “comes into play when a privileged relationship is used to further a crime, fraud, or other fundamental misconduct.”); *Conservation Force v. Jewell*, 66 F. Supp. 3d 46, 64 (D.D.C. 2014), *aff’d*, 2015 WL 9309920 (D.C. Cir. 2015)(“To be sure, under the crime-fraud exception, communications between a lawyer and client ‘are not privileged if they “are made in furtherance of a crime,

으로 특권이 남용될 가능성이 있는 행위²⁵⁵⁾ 기타 불법행위 영역에도 확대하여 가고 있다고 한다.²⁵⁶⁾

반면에 일부 법원들은 중과실인 불법행위에 그 적용을 거부하거나,²⁵⁷⁾ 또는 이 예외가 일반 불법행위 영역에 확대되는 것을 거부하고 범죄/사기에 한정되어야 한다는 입장을 취하고 있다.²⁵⁸⁾

소송행위도 그 목적이 범죄/사기 등 이 예외의 적용 대상인 행위인 한 여기의 불법 등 행위에 포함될 수 있다. 연방 제2 항소법원은 “소송 또는 그 측면이 법적 또는

fraud, or other misconduct.”).

254) *Apple Inc. v. Samsung Electronics Co., Ltd.*, 306 F.R.D. 234, 239 n. 22 (N.D. Cal. 2015) (“[t]here is precedent, at least in other circuits, holding that violations of a protective order are akin to law breaking such that communications giving rise to protective order violations fall within the crime–fraud exception.”).

255) *International Tel. & Tel. Corp. v. United Tel. Co. of Florida*, 60 F.R.D. 177, 180, 19 Fed. R. Serv. 2d 1140 (M.D. Fla. 1973) (“The privilege may be overcome, not only where fraud or crime is involved, but also where there are other substantial abuses of the attorney–client relationship.”).

256) *Parkway Gallery Furniture, Inc. v. Kittinger/Pennsylvania House Group, Inc.*, 116 F.R.D. 46, 52–53 (M.D. N.C. 1987) (“Courts have extended coverage of [the crime/fraud] exception to the attorney–client privilege beyond instances of fraudulent or illegal conduct and have applied it to business litigation such as patent, anti–trust, or securities matters, and it may even extend to non–business torts.”).

257) *Meyers v. Hermans Sporting Goods, Inc.*, 1989 U.S. Dist. LEXIS 5943 (S.D.N.Y. May 30, 1989) (“[I]f proof of gross negligence alone were sufficient to undermine the privilege in the context of patent cases, there would be no reason to refuse to extend the same rule to non–patent cases, and it would in fact be difficult to justify drawing a line between gross and simple negligence. Either of these developments would represent a significant retrenchment of the privilege, and would be inconsistent with the previously recognized requirement that rejection of the privilege depends upon a showing of deliberate wrongdoing, whether by fraud or by criminal conduct.”).

258) *Prudential Ins. Co. of America v. Massaro*, 2000 WL 1176541, *10 (D.N.J. 2000), *aff’d*, 47 Fed. Appx. 618 (3d Cir. 2002) (“The crime–fraud exception does not extend to tortious conduct generally, but is limited to communications to and from an attorney in furtherance of a crime or fraud.”); *In Caesars Entertainment Operating Co., Inc.*, 2016 WL 7477566, *3 (Bankr. N.D. Ill. 2016) (“The Seventh Circuit has not extended the exception but has continued to call it the ‘crime–fraud exception’ and apply it only to crimes and frauds.”); *Motley v. Marathon Oil Co.*, 71 F.3d 1547, 1551, 33 Fed. R. Serv. 3d 1069 (10th Cir. 1995) (“Motley argues that illegal racial discrimination is a tort and that the crime–fraud exception is not limited to crime and fraud, but extends to attorney communications made in furtherance of the commission of a tort. While Motley cites some authority in support of this argument, we have not extended the privilege to torts generally. Instead, we have construed the exception as providing that ‘[t]he attorney–client privilege does not apply where the client consults an attorney to further a crime or fraud.’”).

사실적 근거가 거의 또는 전혀 없고 범죄 또는 사기를 조장할 목적으로 실질적으로 진행” 된 경우에 소송행위에 이 예외를 적용하는 것을 인정한바 있다.²⁵⁹⁾

한편 의뢰인에게 디스커버리 시도에 저항하도록 장려하는 것은 바람직하지 않고 부적절할 수 있으나 특권에 대한 범죄-사기 예외가 적용되는 대상 행위 범위에는 포섭되지 않는다고 한다.²⁶⁰⁾

범죄/사기 예외가 적용되는 행위의 범위가 확대됨에 따라, 의뢰인이 변호사에게 법적 조력을 구할 당시의 주관적 의도에 대한 법원의 판단이 점차 중요하게 되고 있다. 의뢰인의 예상되는 행동이 명백히 불법인 때에는(예: 배심원에게 뇌물을 주려는 시도) 의뢰인의 부적절한 목적이 상대적으로 명확하게 추단될 수 있다. 그러나 어떤 행위의 불법행위성 여부 자체가 불분명한 때에는 사안을 구체적으로 검토할 필요가 있고, 이는 다른 면에서는 불법성의 ‘목적’ 유무에 관한 판단 문제와 중첩될 수 있는 부분이기도 하다.

다) 실제 발생 여부

범죄 또는 사기가 실제 발생하였을 것을 요하는가가 문제된다. 이 예외 적용을 위해 범죄, 사기 또는 불법행위가 실제 발생했을 필요는 없고, 이러한 행위들이 의뢰인이 의사교환을 한 목적이면 충분하다.²⁶¹⁾ 부적절한 동기를 갖고 법적 도움을 구한 것만으로 특권 인정의 정책적 취지는 이미 훼손되며, 의뢰인이 마음이 바뀌었거나, 우연의

259) *In re Richard Roe, Inc.*, 168 F.3d 69, 71, 50 Fed. R. Evid. Serv. 1421, 43 Fed. R. Serv. 3d 585 (2d Cir. 1999).

260) *Johnson Electric North America, Inc. v. Mabuchi North America Corp.*, 1996 WL 191590 (S.D. N.Y. 1996).

261) 극히 예외적으로 일부 항소법원 판례는 사기의 발생을 요구한다[*In re Sealed Case*, 107 F.3d 46, 37 Fed. R. Serv. 3d 540 (D.C. Cir. 1997)]. 그러나 대부분의 판례는 이를 요구하지 않는다.

In re Richard Roe, Inc., 68 F.3d 38, 40, 43 Fed. R. Evid. Serv. 175 (2d Cir. 1995); *In re Grand Jury Subpoena Duces Tecum Dated Sept. 15, 1983*, 731 F.2d 1032, 1039, 15 Fed. R. Evid. Serv. 327, 38 Fed. R. Serv. 2d 1351 (2d Cir. 1984) (“[T]he client need not have succeeded in his criminal or fraudulent scheme for the exception to apply. If a fraudulent plan were ineffective, the client’s communications would not thereby be protected from disclosure.”); *U.S. v. Collis*, 128 F.3d 313, 1997 FED App. 0275P (6th Cir. 1997) (“The crime or fraud need not have occurred for the exception to be applicable; it need only have been the objective of the client’s communication.’ ... Thus, the exception would have applied even if Collis had never carried through with the submission of the fraudulent letter.”); *In re Grand Jury Proceedings*, 87 F.3d 377, 35 Fed. R. Serv. 3d 515 (9th Cir. 1996) (“The government is not obliged to come forward with proof sufficient to establish the essential elements of a crime or fraud beyond a reasonable doubt ... since the crime-fraud exception does not require a completed crime or fraud but only that the client have consulted the attorney in an effort to complete one.”).

결과로 기회가 없었거나 목적 달성에 실패한 경우에도 그러하다.

상담에서 의도된 범죄 또는 사기를 방해하는 다른 사실적 중간 요인이 개입하여 범죄 또는 사기가 수행되지 않은 경우, 즉 사실상 불능의 경우 범죄/사기 예외 적용이 배제되지 않는다. 반대로 법률상 불능의 경우는 의도된 행위 자체가 불법이 아니기 때문에 특권이 적용될 수 있다.²⁶²⁾

라) 범죄/사기 등의 입증

범죄/사기 예외를 적용하기 위하여 범죄/사기가 어느 정도까지 입증되어야 하는가가 문제된다. 예컨대 사기죄의 경우 예외 주장자가 사기죄의 모든 구성요건(요소)인 사기의 고의, 기망, 착오, 처분행위 등에 대해서 입증하여야 하는가이다. 범죄/사기의 예외 인정을 위하여는 그 사유에 대해 후술할 일견 명백한 입증(prima facie)이 필요하지만, 범죄가 실제 발생할 것까지는 요하지 않으므로 그 인정을 위해 범죄구성요건이 모두 구비될 필요는 없고 목적 자체의 불법성을 특정할 수 있으면 충분하다. 이는 구체적 사안에서 개별적으로 판단된다.²⁶³⁾

한편 범죄행위 여부의 기준을 판단하는 준거법이 문제될 수 있다. *Mandanes v. Mandanes* 사건²⁶⁴⁾에서는 아르헨티나법상 범죄행위인 경우에, 이를 범할 목적이 미국에서 변호사-의뢰인 특권 적용을 배제하는가가 문제되었다. 법원은 외국법에서 범죄/사기가 성립하더라도 그것이 “미국법에 유사한 규정이 있는 경우에만” 예외적용 대상 행위가 될 수 있다고 판단하였다.

(2) 범죄/사기 등의 ‘목적’

가) 의미

변호사-의뢰인 특권은 의뢰인의 권리이며, 범죄/사기 예외의 근거는 의뢰인이 변호사-의뢰인 관계를 남용하려 할 때 특권의 보호를 박탈하는 것이다. 따라서 그 판단에서 가장 중심이 되는 것은 ‘의뢰인’의 남용목적이다.²⁶⁵⁾

262) *Micron Technology, Inc. v. Rambus Inc.*, 2006 WL 1653136, *2 (D. Del. 2006).

263) Paul R. Rice, *Attorney-Client Privilege in the United States*(2020), § 8:2.

264) *Madanes v. Madanes*, 199 F.R.D. 135, 148 (S.D. N.Y. 2001).

265) *In re Grand Jury Subpoena*, 273 F. Supp. 3d 296, 302-04 (D. Mass. 2017)(“[T]he actual in-

남용목적은 범죄/사기 등의 불법행위로 나아가려는 목적이다. 따라서 의뢰인이 자신이 할 수 있거나 하지 말아야 할 일을 변호사와 단지 탐색하려는 목적에서 불법적 행동을 상담한 경우 예외가 적용되지 않는다.²⁶⁶⁾ 한편 단순히 변호사와 상담한 후에 바로 뒤이어 불법 행위를 범하였다고 하여 상담목적의 불법성이 곧바로 인정되지 않는다.²⁶⁷⁾

나) 판단기준

다음으로 남용목적이 누구를 기준으로 판단되는가 문제된다. 특권은 의뢰인의 권리이므로 남용목적은 일차적으로 의뢰인의 내심을 기준으로 판단된다. 의뢰인이 남용 목적을 갖고 있었다면 변호사가 이를 알면서 참여하였을 필요는 없다.²⁶⁸⁾

여기서 의뢰인이 자연인인 경우에는 별다른 문제가 없으나, 의뢰인이 고유한 내적 심리상태가 없고 기관을 통해 행위하는 법인 등 가상의 실체일 때에는 판단이 용이하지 않다. 회사의 대리인이 불법목적으로 변호사와 상담한 상황에서 그 상담이 회사에게 귀속될 수 있는 지위를 갖는 대리인은 매우 제한적일 수 있다. 때문에 법인이 그 대리인이 행한 상담에 대해서 특권을 주장하는 경우 그 상대방은 특권의 예외를 주장하기 위해 법인이 불법적 행위에 대한 법적 상담 또는 관련 행위를 승인했음을 입증하여야 하는가가 문제된다.

In re Sealed 사건²⁶⁹⁾에서 A사 정치활동위원회는 연방 공직 후보자에게 법이 허용하는 최대 금액을 기부하였다. 그 후 A사 부사장은 제3자로 하여금 위 후보자에게

volvement of the attorney in particular acts has no necessary bearing on whether the two prongs of the crime-fraud exemption are met... What matters is the client's intent.”); Rockwood Select Asset Fund XI, (6)-1, LLC v. Devine, Millimet & Branch, PA, 113 F. Supp. 3d 471, 478, 2015 DNH 135 (D.N.H. 2015)(“As the First Circuit has emphasized, before piercing the protections of privilege under the crime-fraud exception, ‘it is not enough to find reasonable cause to believe that the client is guilty of crime or fraud. Forfeiture of the privilege requires the client’s use or aim to use the lawyer to foster the crime or the fraud.’”)(In re Grand Jury Proceedings, 417 F.3d 18, 23 (1st Cir. 2005)에서 인용).

266) U.S. v. Doe, 429 F.3d 450, 68 Fed. R. Evid. Serv. 1070 (3d Cir. 2005).

267) In re Sealed Case, 107 F.3d 46, 37 Fed. R. Serv. 3d 540 (D.C. Cir. 1997).

268) Clark v. U.S., 289 U.S. 1, 15, 53 S. Ct. 465, 77 L. Ed. 993 (1933)(“Nor does the loss of the privilege depend upon the showing of a conspiracy, upon proof that client and attorney are involved in equal guilt. The attorney may be innocent, and still the guilty client must let the truth come out.”).

269) In re Sealed Case, 107 F.3d 46, 37 Fed. R. Serv. 3d 540 (D.C. Cir. 1997).

추가 기부금을 주도록 어레인지를 하였으며, 이 제3자에게 A사 자금으로 같은 금액을 불법 상환하였다. 이러한 기부 행위를 하기 전에 A사 부사장은 A사 고문변호사와 상담하였고, 그런 연후에 상담한 내용에 대한 메모를 작성하여 A사 대표이사에게 교부하였다. 1심법원은 A사 부사장의 불법적 행동을 A사에 귀속시켜 부사장과 A사 고문변호사 간 의사교환 내용에 대해 특권 예외를 인정하였다.

그러나 항소법원은 특권 행사자의 상대방이 A사 부사장의 불법적 행위가 A사에 귀속되기 위한 조건을 입증하여야 한다고 하면서, 이 사건에서 상대방의 입증(메모 작성, 교부 등)만으로는 부사장의 행위가 고문변호사가 행한 조언에 반하는 자의적 행동이었을 가능성이 배제되지 않음을 이유로 원심판결을 파기하였다.²⁷⁰⁾ 이 판결에 대해서는 대리인이 회사를 대신하여 행동했는가 여부는 문제의 행동을 둘러싼 상황들을 종합하여 판단되어야 함을 전제로, 이 사건에서 A사 부사장이 기부금이 법적 한도에 도달한 직후에 추가 기부금을 어레인지를 한 점, 부사장이 기업 고문변호사와 협의했던 점, 그 후 부사장이 협의내용에 관한 메모를 작성하여 대표이사에게 교부한 점을 종합하면 예외가 인정되어야 한다는 비판이 제기된다.

일부 견해는 이 점에 관한 과도한 입증을 요구할 경우에 범죄/사기 예외의 하위유형으로 “회사 면제”를 생성하는 결과가 초래될 수 있다는 점을 지적한다. 즉 법인 임원이 자신의 권한 범위 내에서 행동할 때, 특히 그 행동이 법인의 이익을 향한 것인 때에는 특별한 사정이 없는 한 특권에 대한 범죄/사기 예외 판단에서도 그 임원의 의도가 법인에 귀속되어야 하며, 그렇지 않으면 회사가 임원의 불법 활동에 대한 책임을 회피하면서 그 이익만을 향유하려는 또 다른 형태의 남용을 초래할 수 있다는 것이다.²⁷¹⁾

한편 남용의도를 의뢰인을 기준으로 판단하여 온 것이 기존 판례의 대체적 입장이나, 관련하여 특수한 몇몇 사례가 보이기도 한다. 몇몇 판례들은 상담목적의 불법성

270) “부사장이 기부자에게 기업 자금으로 상환한 것이 회사 고문변호사의 조언에 반하여 ‘스스로 장난친’ 것인가를 밝히거나 추정 할 수 있는 방법이 없었다.”는 점이 이유로 실시되었다.

271) *Drummond Company, Inc. v. Conrad & Scherer, LLP*, 885 F.3d 1324, 1332, 100 Fed. R. Serv. 3d 71 (11th Cir. 2018).

이 변호사로부터 비롯된 상황에서 특권의 예외를 인정하고 있다. 예컨대 U.S. v. \$1.5 Million Letter of Credit 사건²⁷²⁾에서는 변호사가 적법한 목적으로 의뢰한 의뢰인과의 상담에서 과거의 불법행위를 은폐할 불법적 수단을 의뢰인에게 제안한 것이 문제되었다. 법원은 이것이 의뢰인의 남용과 같은 정도로 당사자주의 시스템을 오염시키므로²⁷³⁾ 불법적 은폐 논의가 의뢰인 아닌 변호사로부터 비롯되었다는 사실만으로는 범죄/사기 예외 적용이 배제되지 않는다고 판시하였다.²⁷⁴⁾

또한 In re Impounded Case (Law Firm) 사건²⁷⁵⁾에서는 수사기관이 로펌 사무실에 대한 수색영장을 발부받아 사무실 내 보관 중인 문서를 압수한 사안이 논의되었다. 수사기관은 압수된 자료를 조사하기 위해 통지 절차에 따라 허가를 구하였다. 이에 대해 로펌이 ‘의뢰인’의 변호사-의뢰인 특권을 주장하자, 수사기관은 ‘로펌’의 범죄혐의를 전제로 한 범죄/사기 예외를 주장하였다. 로펌은 다시 “범죄/사기 예외는 관련 범죄 혐의가 전적으로 ‘로펌’의 범죄인 경우 ‘의뢰인’의 특권을 무효화하는 데 적용되지 않는다”고 주장했다. 그러나 법원은 로펌의 특권주장이 특권이 보호하려는 이익과 관련이 없고, 이 사건에서 진실발견의 요청이 로펌에 대한 특권 보호를 압도한다고 하여 로펌의 특권 주장을 기각하였다.²⁷⁶⁾

다만 이에 대해서는 의뢰인이 로펌의 불법목적을 인식했다는 점에 대한 입증 없이 예외인정의 위험을 감수하도록 하는 것은 부당하다는 비판이 있다.²⁷⁷⁾ 또한 일단 변

272) U.S. v. \$1.5 Million Letter of Credit as a Substitute Res for Seized Bank Accounts, 1992 WL 204357 (S.D. N.Y. 1992).

273) In re Sealed Case, 676 F.2d 793, 815, 10 Fed. R. Evid. Serv. 490, 33 Fed. R. Serv. 2d 1778 (D.C. Cir. 1982)(“[t]he prima facie violation may also be the attorney’s, since attorney misconduct negates the premise that the adversary system furthers the cause of justice.”).

274) U.S. v. \$1.5 Million Letter of Credit as a Substitute Res for Seized Bank Accounts, 1992 WL 204357, *16 (S.D. N.Y. 1992).

275) In re Impounded Case (Law Firm), 879 F.2d, at 1213.

276) In re Impounded Case (Law Firm), 879 F.2d, at 1213-1214(“변호사가 그 자신의 범죄 행위를 보여주는 문서와 관련하여 무고한 의뢰인의 특권을 주장함으로써 범죄 혐의에 대한 조사를 방지하도록 허용하는 것이 무슨 이익에 기여하는가, 진정으로 이익이 되는 것인가는 분명하지 않다. 반면에, 대립하는 가치, 특히 진실 발견은 이러한 상황에서 특권의 보호를 압도한다. ... 이로 인하여 변호사-의뢰인 특권이 부분적으로 침해되는 결과임을 인정하나 여기서는 사회적 이익이 특권의 보호보다 중요하다. 더욱이 특권자료의 공개는 우선 지방법원이 인 카메라 절차에서 정부의 문서접근 권한 존부에 관하여 판단하여야만 허가될 수 있다. 이러한 보증을 통해 공개가 변호사에 대한 형사 기소와 관련된 자료로 제한되는 경향이 있을 수 있고 그 결과 의뢰인의 특권에 대한 침해가 제한된다. 이를 고려할 때 이 사건에서 특권의 예외인정은 진실발견을 위해 치르는 정당한 대가이다.”).

회사측의 불법 목적이 입증되면 의뢰인이 그러한 조언을 요청했거나 그 성격을 알고 있었다는 합리적 의심을 야기할 수 있다는 견해도 있다. 이러한 의심은 다른 증거와 종합하여 의뢰인이 불법목적의 인식을 했다는 의심을 불러일으켜 예외사유의 심리 개시를 정당화하기에 충분한 것이어야 한다고 한다.²⁷⁸⁾

한편 변호사-의뢰인 관계가 있다는 것만으로 곧바로 변호사 내심의 인식이 곧바로 의뢰인에게 귀속되지는 않지만, 변호사가 의뢰인을 대리할 수 있는 권한 범위 내의 사항에 관한 인식은 의뢰인에게 귀속될 수 있다. U. S. v. Josleyn 사건²⁷⁹⁾에서 A사 고문인 Smoot는 A사에서 다양한 역할을 수행했다. 그는 일정 기간 동안 H사 사내변호사로 일했으며 이후 A사 사외이사 및 L 로펌을 통한 A사 외부 법률고문으로 일하였다. 이사 및 법률 고문으로 일하는 동안 그는 A사 내 부패 혐의에 대한 조사를 의뢰받았다. 이 조사를 통해 범죄의 추가 증거가 확보되자 Smoot는 조사를 중단하고 A사 고위층과 외부인에 대한 정보를 은폐하였다. 또한 Smoot는 후속 소송에서 정을 모르는 다른 변호사들이 판사 및 정부 공무원에게 허위 진술을 하도록 법적 조언을 하였다.

법원은 이 기간 동안 변호사인 Smoot가 회사 업무에 관한 광범위한 권한이 있었다고 보이기 때문에 그 내심 상태가 의뢰인인 A사에게 귀속되며, A사와 Smoot간 법적 상담에 대해 특권의 예외가 인정된다고 판시하였다.

다만 이러한 귀속을 위하여 행위자가 반드시 회사의 핵심적 지위에 있는 인물일 필요는 없으며, 이를 가능하게 하는 어떤 관계가 있으면 충분하다. 이는 그 특정 개인이 갖는 권한에 대한 구체적인 사실 평가에 달려 있다.²⁸⁰⁾ 그 기준에 관하여는 하급심에서

277) Paul R. Rice, Attorney-Client Privilege in the United States(2020), § 8:5.

278) U.S. v. Zolin, 491 U.S. 554, 572, 109 S. Ct. 2619, 105 L. Ed. 2d 469, 27, 27 Fed. R. Evid. Serv. 833 (1989).

279) U.S. v. Josleyn, 206 F.3d 144 (1st Cir. 2000).

280) U.S. v. Josleyn, 206 F.3d 144 (1st Cir. 2000)[“법적 원칙과 관련하여 우리는 그 사람의 지식이 회사에 귀속되기 위해 회사에서 “핵심(중심) 인물”이 되어야 한다는 요구 사항은 없음을 분명히 밝힙니다. 어떤 사람의 지식이 회사에 귀속(전가)되려면 그 사람이 그 권한 범위 내에서 회사에 참여하는 과정에서 인식을 얻을 수 있게 하는 어떤 관계 (그것이 이사, 임원, 대리인, 직원 등이건 간에)가 있어야 합니다. ... 주어진 관계가 그 개인의 주관적 인식을 회사에 귀속시키기에 충분한가 여부를 결정하는 것은, 어떤 경우에는 그 사람의 “책임 수준”에 대한 평가에 달려 있습니다. ... 둘째, 회사 내를 지배하는 다른 사람이 있다고 하더라도 그것이 그 사람을 제외한 다른 사람이 인식의 회사 귀속 목적 한도에서 대리인으로 간주되지 않는다는 의미는 아닙니다. 인식이 회사에 귀속(전가)될 수 있는가 여부는 회사에서 그 특정 개인이 갖는 권한에 대한 구체적인 사실에 대한 평가에 달려 있습니다.”].

도 비교적 상세하게 논의가 진행되나 있다.²⁸¹⁾ 한편 법인에 귀속되는 인식이 반드시 단일한 대리인에 의할 필요는 없고, 다수 대리인의 누적된 인식이 법인에 귀속될 수 있다. 이로써 법인인 기업이 기업 내 정보흐름을 제한하여 이를 회피하는 것이 방지된다.

다) 범죄/사기 등 의도의 존재시기

한편 이 예외적용이 논의되는 사례에서는 보통 의뢰인이 상담 의뢰에 앞서 범죄/사기 의도를 갖고 있는 것이 일반적이나, 상담 개시 시에 합법적인 의도이었으나 상담 이후에 범죄/사기 목적이 생겼을 때에도 예외가 적용될 수 있다. 예컨대 In re Grand Jury Investigation 사건²⁸²⁾에서 피의자는 변호사에게 자신의 피의사건을 의뢰하여 합법적으로 조언 받던 중, 어느 날 변호사로부터 검찰이 피의자 보관 문서를 획득하고자 한다는 정보를 입수하였다. 이를 듣고 피의자는 관련된 상담내용을 폐기하고 다른 사람들의 폐기를 묵인했다.

연방 제3 항소법원은 그러한 폐기를 논의한 변호사와의 의사교환에 대하여 특권이 배제된다고 판결하였다. Rambus, Inc. v. Infineo Tech. AG 사건²⁸³⁾ 및 International Telephone & Telegraph Corp. v. United Telephone Co. of Florida 사건²⁸⁴⁾에서, 법원은 의뢰인이 관련 증거의 훼손행위에 관여하고자 변호사에게 상담한 경우에 변호사-의뢰인 특권이 상실된다는 결론을 내렸다. 다른 연방 항소법원 역시 같은 취지로 판시한바 있다.²⁸⁵⁾

281) Gutter v. E.I. Dupont De Nemours, 124 F. Supp. 2d 1291, 1309-10 (S.D. Fla. 2000) (“법은 대리인이 본인에게 지식이나 정보를 공개했다고 결론적으로 추정하고 그에 따라 본인에게 책임을 부과합니다... 이 규칙을 위하여 제기된 정당화 중 하나는 “대리인이 대리인의 범위 내에서 행동하는 동안 대리인은 대리인 내에 포함된 문제에 대해 본인 자체 또는 본인의 분신”입니다. ...법원들은 만약 행위자 본인이 대리인으로 하여금 자신을 대신하여 업무를 수행하도록 할 수 있고 동시에 조건에 대한 지식이나 권리와 이익에 대한 통지로 인해 발생할 결과로부터 본인이 받지 않았음을 이유로 자신을 보호할 수 있는 경우 발생할 부정의를 피하기 위해 본인에게 간주되는 인식책임을 부과합니다.”).

282) In re Grand Jury Investigation, 445 F.3d 266 (3d Cir. 2006).

283) Rambus, Inc. v. Infineon Technologies AG, 220 F.R.D. 264, 298 (E.D. Va. 2004).

284) International Tel. & Tel. Corp. v. United Tel. Co. of Florida, 60 F.R.D. 177, 180, 19 Fed. R. Serv. 2d 1140 (M.D. Fla. 1973).

285) Micron Technology, Inc. v. Rambus Inc., 645 F.3d 1311, 98 U.S.P.Q.2d 1693 (Fed. Cir. 2011); Hynix Semiconductor Inc. v. Rambus Inc., 645 F.3d 1336, 98 U.S.P.Q.2d 1711 (Fed. Cir. 2011), cert. denied, 2012 WL 538339 (U.S. 2012).

다만 이러한 경우 일부 판결은 이를 범죄/사기 예외가 아닌 특권 포기의 문제로 다루기도 하였다.²⁸⁶⁾ 즉 범죄/사기 예외가 의도가 생긴 이후 적용되는 반면,²⁸⁷⁾ 동 특권의 포기는 상담 전체에 대해서 적용될 여지가 있기 때문이다.²⁸⁸⁾

(3) 의사교환과 범죄/사기 등 행위 간의 관련성

범죄/사기 예외가 인정되려면 의뢰인과 변호사 간 의사교환이 의뢰인의 범죄/사기 등과 관련되어야 한다.²⁸⁹⁾ 이는 이 예외의 적용범위를 결정하는 요소이기도 하다.

변호사-의뢰인 간 의사교환과 불법행위 간 “단순한 우연의 일치”²⁹⁰⁾ 또는 의뢰인이 범죄 활동에 참여하는 동안 변호사와 의사교환을 하였다는 점이나 양 자 간 시간적 근접성을 보여 주는 것만으로는 이것이 충족될 수 없다. 그렇다면 ‘관련’이 어떤 기준으로 판단되는가가 논의될 수 있다. 이 기준은 크게 “조장(in furtherance)” 기준과 “관련성(related to)” 기준으로 구분된다.

우선 의사교환이 의뢰인이 불법적 행위로 ‘나아가도록(조장)’ 하여야 한다는 “in furtherance” 기준이 있다. 연방 제3 항소법원은 의뢰인이 변호사로부터 문서들에 대하여 정부가 갖는 이해관계를 알게 된 후에 그 파기에 묵인하면 “in furtherance” 기준이 충족된다고 판시하였다.²⁹¹⁾ 또한 연방 제2 항소법원은 범죄/사기 예외가 적용되기 위해서는 문제의 커뮤니케이션과 범죄/사기 활동 간에 ‘의도적’ 연관성 (“purposeful nexus”)²⁹²⁾이 있어야 한다고 판결하면서, 후속 판결에서 이 관련성이 “in furtherance” 테스트라고 판시하였다.²⁹³⁾

286) 예컨대 Baker v. General Motors Corp. Baker v. General Motors Corp., 197 F.R.D. 376, 43 Fed. R. Serv. 3d 14 (W.D. Mo. 1999); § 9:6 참조.

287) Chevron Corporation v. Snaider 사건 Chevron Corporation v. Snaider, 78 F. Supp. 3d 1327, 1336, 90 Fed. R. Serv. 3d 955 (D. Colo. 2015).

288) Paul R. Rice, Attorney-Client Privilege in the United States(2020), § 8:14.

289) United States v. Oettinger, 1992 U.S. Dist. LEXIS 21087, *5-13 (N.D. Cal. Sept. 2, 1992).

290) In re Grand Jury Proceedings in Matter of Fine, 641 F.2d 199, 204, 8 Fed. R. Evid. Serv. 137 (5th Cir. 1981)(“These [coincidental] facts may support a strong suspicion, which is often enough for police and prosecutors, but it is not enough for court.”); Duttle v. Bandler &Kass, 127 F.R.D. 46, 56 (S.D. N.Y. 1989)(“It is not enough that there was merely a temporal coincidence between the fraudulent or criminal activity and the client’s consultation with counsel.”).

291) In re Grand Jury Investigation, 445 F.3d 266, 279 (3d Cir. 2006).

292) Duttle v. Bandler &Kass, 127 F.R.D. 46, 56 (S.D. N.Y. 1989); In re Grand Jury Subpoenas Duces Tecum, 798 F.2d 32, 34, 21 Fed. R. Evid. Serv. 616 (2d Cir. 1986).

한편 연방 제3 항소법원은 “관련성(related to)” 기준 또는 범죄/사기의 “조장(in furtherance)” 기준보다 완화된 기준을 거부하고, 법적 조언은 “미래의 사기 또는 범죄의 실행에 대한 방향을 제시해야(give direction) 한다.”라고 실시하였다.²⁹⁴⁾

다음으로 연방 제4 항소법원은 변호사-의뢰인 의사교환과 범죄/사기 행위 간에 “밀접한 관계(close relationship)”가 있을 것을 요구한다.²⁹⁵⁾

연방 제5 항소법원 및 DC 항소법원은 의사교환이 불법 행위와 “합리적으로 관련(reasonably related)” 되어야 한다고 실시하였다.²⁹⁶⁾ 한편 연방 제7 항소법원은 사기 예외가 “사기행위와 관련된(relevant to the fraudulent conduct)” 문서에 대해서만 변호사-의뢰인 특권을 배제한다고 판시하였다.²⁹⁷⁾ 연방 제8 항소법원은 행위와 의사교환 사이에 “밀접한 관계(close relationship)”가 있어야 한다고 판결하였다.²⁹⁸⁾ 이와 달리 연방 제9 항소법원은 의사교환과 불법적 행위 사이에 어느 정도 관계가 있을 것만 요구하였다.²⁹⁹⁾

연방 제10 항소법원은 양자 간에 “잠재적 관계”가 있으면 된다고 판시하였다.³⁰⁰⁾ 한편 연방 D.C. 항소법원은 제공된 조언이 잘못된 계획을 수행하는 데 도움이 되었다는 점에 대한 “합리적인 추론을 뒷받침하는” 증거가 제시되어야 한다고 판결하였

293) *In re Richard Roe, Inc.*, 68 F.3d 38, 40, 43 Fed. R. Evid. Serv. 175 (2d Cir. 1995).

294) *In re Grand Jury Subpoena*, 745 F.3d 681, 692-93 (3d Cir. 2014), cert. denied, 135 S. Ct. 510, 190 L. Ed. 2d 361 (2014); *In re Grand Jury Subpoena*, 223 F.3d 213, 217 (3d Cir. 2000).

295) *In re Grand Jury Proceedings January 28, 2004*, 401 F.3d 247, 255, 66 Fed. R. Evid. Serv. 913 (4th Cir. 2005); *Chaudhry v. Gallerizzo*, 174 F.3d 394, 403, 43 Fed. R. Serv. 3d 1063 (4th Cir. 1999).

296) *In re International Systems and Controls Corp. Securities Litigation*, 693 F.2d 1235, 1243, 35 Fed. R. Serv. 2d 732 (5th Cir. 1982); *In re Sealed Case*, 676 F.2d 793, 815, 10 Fed. R. Evid. Serv. 490, 33 Fed. R. Serv. 2d 1778 (D.C. Cir. 1982); *In re Grand Jury Subpoena*, 419 F.3d 329, 346 (5th Cir. 2005) (“After the party seeking disclosure meets its prima facie showing that the client intended to further an ongoing crime or fraud during the attorney-client relationship such that the crime-fraud exception applies, the only attorney-client communications and work product materials falling within the scope of the crime-fraud exception are those shown to hold ‘some valid relationship’ to the prima facie violation such that they ‘reasonably relate to the fraudulent activity.’”).

297) *In re Special September 1978 Grand Jury (II)*, 640 F.2d 49, 61 n.16, 6 Fed. R. Evid. Serv. 616 (7th Cir. 1980).

298) *Pritchard-Keang Nam Corp. v. Jaworski*, 751 F.2d 277, 283, 17 Fed. R. Evid. Serv. 240 (8th Cir. 1984); *In re Murphy*, 560 F.2d 326, 338, 23 Fed. R. Serv. 2d 1229, 41 A.L.R. Fed. 102 (8th Cir. 1977).

299) *Grand Jury Recalcitrant Witness, In re*, 962 F.2d 13 (9th Cir. 1992) (unpublished).

300) *In re September 1975 Grand Jury Term*, 532 F.2d 734, 738 (10th Cir. 1976).

다.³⁰¹⁾ 연방 제11 항소법원은 양자 간의 관계가 어떤 것이어야 하는가에 대한 언급 없이 이 요건이 엄격하게 해석되어서는 안 된다고 판결하였고, 최근에는 ‘조장하거나 밀접한 관련’을 요구하기도 하였다.³⁰²⁾

한편 의뢰인의 커뮤니케이션이 범죄 또는 사기를 “조장(in furtherance of)”하는 것이기 위해 범죄 또는 사기가 성공하거나 변호사가 범죄를 조장하는 적극적 조치를 취할 필요는 없다. 변호사가 부지불식간에 의뢰인의 범죄 활동에 가담할 필요가 없으며 의사교환 이후 비록 변호사가 의뢰인의 범죄 실행을 돕기 위해 아무 조치도 취하지 않은 경우에도, 그리고 의사교환이 (객관적으로) 도움 되지 않는 것으로, 심지어 방해하는 것으로 판명되더라도 의뢰인의 범죄 행위를 “조장(in furtherance of)”하는 의사교환 일 수 있다.³⁰³⁾

(4) 범죄/사기 예외의 입증

1) 일반론

범죄/사기 예외가 적용되려면 다음 두 가지가 입증되어야 한다. 첫째는, 의뢰인이 변호사에게 조언을 구할 때 범죄/사기 등의 “부정한 행위”에 관여하였다는 것, 그리고 변호사에게 조언을 구할 때 그러한 행위를 계획하고 있었던 것에 대한 입증이다. 둘째는, 변호사가 제공한 조력이 범죄 또는 사기 행위로 나아가기 위한 것이었거나 이와 밀접한 관련이 있었던 것에 대한 입증이다.³⁰⁴⁾

301) *In re Sealed Case*, 754 F.2d 395, 402, 17 Fed. R. Evid. Serv. 600 (D.C. Cir. 1985).

302) *In re Grand Jury* (G.J. No. 87-03-A), 845 F.2d 896, 898 n.5, 25 Fed. R. Evid. Serv. 738 (11th Cir. 1988)(“Although we did not enunciate in *Schroeder* the precise degree of relatedness necessary to meet this standard, we did state that ‘the requirement that legal advice must be related to the client’s criminal or fraudulent conduct should not be interpreted restrictively.”); *In re Grand Jury Investigation*, 842 F.2d 1223, 1227, 24 Fed. R. Evid. Serv. 1067, 10 Fed. R. Serv. 3d 409 (11th Cir. 1987); 최근 연방 제11항소법원은 특권이 불법행위(the illegal activity)를 조장하거나 밀접하게 관련(“further or [be] closely related to”)되어야만 한다고 하였다. *Cox v. Administrator U.S. Steel & Carnegie*, 17 F.3d 1386, 1417, 28 Fed. R. Serv. 3d 1166 (11th Cir. 1994), opinion modified on reh’g on other grounds, 30 F.3d 1347 (11th Cir. 1994).

303) *In re Grand Jury Proceedings*, 87 F.3d 377, 381, 35 Fed. R. Serv. 3d 515 (9th Cir. 1996).

304) *In re Grand Jury Investigation*, 842 F.2d 1223, 1226, 24 Fed. R. Evid. Serv. 1067, 10 Fed. R. Serv. 3d 409 (11th Cir. 1987); *In re Grand Jury Subpoena Duces Tecum Dated Sept. 15, 1983*, 731 F.2d 1032, 1039, 15 Fed. R. Evid. Serv. 327, 38 Fed. R. Serv. 2d 1351 (2d Cir. 1984)(The prima facie standard “require[s] that a prudent person have a reasonable basis to suspect the perpetration or attempted perpetration of a crime or fraud, and that the communications were in furtherance thereof.”); *In re RJR Nabisco, Inc. Securities Litigation*, Fed. Sec. L. Rep. (CCH)

이에 특권의 예외를 주장하는 자는 다음 두 가지에 대하여 일견 명백한 사실 (prima facie)을 입증³⁰⁵⁾ 할 책임이 있다. 첫째, 변호사와 상담하는 동안이나 그 이후에 범죄나 사기³⁰⁶⁾ 등을 범할 것이 의도되었다는 점에 대한 일견 명백(prima facie)한³⁰⁷⁾ 입증,³⁰⁸⁾ 둘째, 주장된 범죄/사기 등 행위와 변호사와의 상담 간의 관계로서, 의사교환이 사기 등 행위로 나아가게 하거나 조장하였다는 일견 명백(prima facie)한 입증이다.³⁰⁹⁾

96116, 1991 WL 125183 (S.D. N.Y. 1991)("[I]n order to establish that communications come within the crime/fraud exception, plaintiffs must establish two things: (i) probable cause to believe that a crime has been committed, and (ii) a 'purposeful nexus' between the communications and that crime, in the sense that those communications in some way furthered or concealed the crime."); *In re Chevron Corp.*, 633 F.3d 153, 166 (3d Cir. 2011)(To invoke the crime/fraud exception to the privilege, the party raising the issue "must make a prima facie showing that (1) the client was committing or intending to commit a fraud or crime, and (2) the attorney-client communications were in furtherance of that alleged crime or fraud. A prima facie showing requires presentation of evidence which, if believed by the fact-finder, would be sufficient to support a finding that the elements of the crime-fraud exception were met."); *Newport Ltd. v. Sears, Roebuck & Co.*, 1995 WL 295297 (E.D. La. 1995); *Ward v. Succession of Freeman*, 854 F.2d 780, 790 (5th Cir. 1988)("The party challenging the privilege must (1) make an independent prima facie case that a crime [and/or fraud] has been committed, and (2) then demonstrate that the privileged information 'relates to the alleged crime or fraud.'"); *In re Antitrust Grand Jury*, 805 F.2d 155, 164, 21 Fed. R. Evid. Serv. 1341 (6th Cir. 1986) ("First, the government must make a prima facie showing that a sufficiently serious crime or fraud occurred to defeat the privilege; second, the government must establish some relationship between the communication at issue and the prima facie violation.").

305) *U.S. v. Saccoccia*, 898 F. Supp. 53, 58 (D.R.I. 1995) ("However, if the Government claims that the 'crime/fraud' exception applies, it has the burden of making a prima facie showing to that effect."); *U.S. v. Jacobs*, 117 F.3d 82, 87 (2d Cir. 1997) [abrogated on other grounds by, *Loughrin v. U.S.*, 573 U.S. 351, 134 S. Ct. 2384, 189 L. Ed. 2d 411 (2014)]("A party wishing to invoke the crime-fraud exception must demonstrate that there is a factual basis for a showing of probable cause to believe that a fraud or crime has been committed and that the communications in question were in furtherance of the fraud or crime."); *Renner v. Chase Manhattan Bank*, 2001 WL 388044, *1 (S.D. N.Y. 2001), subsequent determination, 2001 WL 1356227 (S.D. N.Y. 2001)("The burden shifts to the party seeking disclosure when that party contends that communications to which the attorney-client privilege would otherwise attach fall within the crime-fraud exception, which 'removes the privilege from those attorney-client communications ... in furtherance of contemplated or ongoing criminal or fraudulent conduct.'").

306) Paul R. Rice, *Attorney-Client Privilege in the United States*(2020), § 8:12.

307) Paul R. Rice, *Attorney-Client Privilege in the United States*(2020), § 8:6.

308) Paul R. Rice, *Attorney-Client Privilege in the United States*(2020), § 8:17.

309) *W. R. Grace & Co. v. P. Ballantine & Sons*, 175 U.S.P.Q. 464, 1970 WL 10128 (D.N.J. 1970) (the communications must be made "in pursuit of a criminal or fraudulent act yet to be performed."); Paul R. Rice, *Attorney-Client Privilege in the United States*(2020), § 8:14.

그런데 변호사가 의뢰인과 상담한 내용이 범죄/사기 관련 내용으로서 공개가 허용됨을 주장하면서 스스로 이를 공개한 경우에, 한 법원은 그 변호사가 “자신이 보유하고 있는 공개하고자 하는 기밀 정보와 문서들이, 의뢰인이 진행 중인 사기 등에 관여하였음을 ‘명확하게 입증(clearly establish)’ 한다는 점을 보여야 한다.”고 판시하였다.³¹⁰⁾

‘일견 명백(prima facie)’ 입증보다 강화된 이 기준에 의하면, 예컨대 법원이 사기가 “명확하게 입증” 되지 않았기 때문에(not clearly established) 범죄/사기 예외 주장을 배척한 경우에, 제3자(단지 prima facie 입증 부담만 부과되는)가 바로 동일한 예외를 주장하면 일견 명백 입증에 성공한다는 결과가 된다. 이에 대해서는 입증정도가 아닌 직업윤리 문제로 처리함이 타당하다는 비판이 있다.³¹¹⁾

2) 일견 명백 증명(prima facie case)의 의미

범죄/사기 등 예외가 인정되려면 예외의 기초 사실이 주장 및 입증되어야 하는 바, 그 입증은 기본적으로 앞서 본 ‘일견 명백(prima facie)’ 입증으로 설명된다. 이는 특권에서 가장 방대한 판례가 집중되는 부분이기도 하다.

실제에서는 대화 내용 자체에 범죄/사기목적이 명확한 경우보다 오히려 여러 정황 증거들을 종합하여 범죄/사기 목적을 간접적으로 추단해야 할 경우가 많다.³¹²⁾ 이로 인해 입증책임 및 정도에 관하여 복잡한 분쟁이 발생하고 있다.

연방대법원은 Clark v. U.S. 판결³¹³⁾에서, 이 예외 주장이 인용되려면 상대방이

310) X Corp. v. Doe, 816 F. Supp. 1086, 1091 (E.D. Va. 1993); “이 기준은 변호사-의뢰인 관계의 무결성을 유지해야 하는 필수적인 필요성과 변호사-의뢰인 관계가 남용되는 드문 상황에서 공개해야 할 필요성을 형량하기 때문에 이를 공개하고자 하는 변호사에게 적절하게 무거운 부담을 부과합니다. 만약 기준이 덜 엄격하면 변호사-의뢰인 관계가 손상될 것입니다. 의뢰인은 사기에 대한 착색 가능한 주장에 기초하여 기밀이 공개될 것을 두려워하여 자신의 변호사에게 완전히 털어놓기를 꺼릴 것입니다.”

311) Paul R. Rice, Attorney-Client Privilege in the United States(2020), § 8:4.

312) 의뢰인이 변호사에게 범죄목적임을 직접 밝히는 경우는 흔하지 않기 때문이다. Nelson v. National Republic Bank of Chicago, Fed. Sec. L. Rep. (CCH) 91448, 1984 WL 2417 (N.D. Ill. 1984) 판결 참조(“Intent in this context can be inferred just as it is in any other context. It is unlikely that a client would openly admit to a lawyer that he was retaining the lawyer with the intention of committing a fraudulent act. In the circumstances presented, it is reasonable to infer that Mayfield sought the help of underwriter's counsel in order to accomplish the McCormick A bond issue, which was a fraudulent scheme.”).

313) Clark v. U.S., 289 U.S. 1, 15, 53 S. Ct. 465, 77 L. Ed. 993 (1933)(“판사는 자료의 인 카메라 검토에서 범죄/사기 예외가 적용된다는 주장을 입증하는 증거가 드러날 수 있을 것이라는 합리적인 사람에 의한 선의의 믿음을 뒷받침하기에 적절한 사실적 근거의 제시를 요구해야 한다.”).

변호사-의뢰인 관계의 남용, 즉 범죄/사기 목적이 일견 명백한 사례(prima facie case)를 입증하여야 한다고 판시하였다. 동 판결은 이 기준에 의할 때 상대방이 “혐의를 채색할 수 있는 어떤 것”을 제시하여야 한다고 판시하였다.³¹⁴⁾ 한편 다른 법원들도 ‘일견 명백한 입증(prima facie case)’으로 충분하다는 점에 관하여는 합의를 이루고 있다. 그러나 이 기준의 세부 내용에 관하여는 합의를 이루지 못하고 각 법원에서 다양한 정의가 제시되고 있다.

법원들은 특권의 예외를 주장하는 상대방이 일견 명백한 입증(prima facie case)을 행함에 있어서 의뢰인의 범죄, 사기 또는 기타 위법행위의 실제 존재를 입증할 필요가 없다는 점에 대해서는 합의를 이루고 있다.³¹⁵⁾ 즉 형사소송에서 특권을 주장하는 피고인에 대해 소추 측에서 그 예외사유로 범죄목적을 주장하더라도 그것은 피고인이 유죄라는 것을 인정하는 것과 동등하지 않다.³¹⁶⁾ 다만 일견 명백한 입증에 잘못된 행위에 대한 단순한 주장을 넘은 그 이상의 것이 요구된다는 점은 널리 인정되고 있다.³¹⁷⁾ 따라서 엄밀하게 이 입증은 범죄/사기 예외의 적용 ‘가능성’에 관한 입증이다.

314) Clark v. U.S., 289 U.S. 1, 18, S. Ct. 465, 77 L. Ed. 993 (1933)(“To drive the privilege away, there must be ‘something to give colour to the charge’; there must be ‘prima facie evidence that it has some foundation in fact.’”).

315) Parkway Gallery Furniture, Inc. v. Kittinger/Pennsylvania House Group, Inc., 116 F.R.D. 46, 53 (M.D. N.C. 1987)(“[A] party need not prove the actual existence of crime, fraud, or other misconduct” for the crime/fraud exception to apply.); In re Berkley and Co., Inc., 629 F.2d 548, 553, 6 Fed. R. Evid. Serv. 1165 (8th Cir. 1980)(“The government is not required to prove the existence of a crime or fraud in order to overcome the privilege.”); In re Grand Jury Proceedings, 87 F.3d 377, 381, 35 Fed. R. Serv. 3d 515 (9th Cir. 1996)(“The government is not obliged to come forward with proof sufficient to establish the essential elements of a crime or fraud beyond a reasonable doubt ... since the crime-fraud exception does not require a completed crime or fraud but only that the client have consulted the attorney in an effort to complete one.”); U.S. v. Friedman, 445 F.2d 1076, 1086 (9th Cir. 1971).

316) U.S. v. Cleveland, 1997 WL 232538 (E.D. La. 1997); In re Grand Jury Proceedings in Matter of Fine, 641 F.2d 199, 203, 8 Fed. R. Evid. Serv. 137 (5th Cir. 1981)(A prima facie case is one that “has proceeded upon sufficient proof to that stage where it will support finding if evidence to contrary is disregarded.”).

317) In re Celexa and Lexapro Marketing and Sales Practices Litigation, 293 F. Supp. 3d 247, 250-51 (D. Mass. 2018); Detection Systems, Inc. v. Pittway Corp., 96 F.R.D. 152, 157 (W.D. N.Y. 1982); Parkway Gallery Furniture, Inc. v. Kittinger/Pennsylvania House Group, Inc., 116 F.R.D. 46, 53 (M.D. N.C. 1987)(“In order to establish a prima facie basis, a party must provide more than mere allegations.”); Burlington Industries v. Exxon Corp., 65 F.R.D. 26, 40, 19 Fed. R. Serv. 2d 533 (D. Md. 1974)(“The mere allegation of fraud ... is not sufficient to terminate the attorney-client privilege.”); Rohm and Haas Co. v. Dawson Chemical Co., Inc., 33 Fed. R. Serv. 2d 411 (S.D. Tex. 1981)(“Defendants’ unsupported assertions that plaintiff and its agents engaged in fraudulent or inequitable conduct ... is simply insufficient to establish entitlement

그러나 그 정도가 과연 어느 수준이어야 하는가, 어떤 증거가 얼마만큼 필요한가에 대해서는 연방대법원이 Clark v. U.S. 판결은 물론 다른 판결에서도 밝히고 있지 않아 불일치와 혼란이 해소되지 않은 상태이다.³¹⁸⁾

3) 구체적 기준

이에 관한 첫 번째 견해는 연방 제2 항소법원에서 확립된 것으로서, 일견 명백한 입증(prima facie case)의 기준을 상당한 이유(probable cause)로 풀이한다.³¹⁹⁾ 즉 예외가 적용된다고 믿을만한 상당한 이유(probable cause)가 있는 때 일견 명백한 입증이 인정된다. 이 기준은 많은 항소법원이 널리 채택하고 있다.³²⁰⁾ 같은 맥락에서 연방 제6 항소법원은 일견 명백한 증거를 그로부터 “신중한 사람이 범죄나 사기를 의심할 합리적인 근거를 가질 수 있는” 증거로 정의하고 있다.³²¹⁾

두 번째 견해는 범죄 등을 수행할 목적으로 변호사와 상담했을 가능성이 있다는 점에 대한 (특권 주장자의) 설명을 요구하기에 충분한 증거를 의미한다고 풀이한다.³²²⁾

to the documents through the fraud exception.”); Durand v. Hanover Insurance Group, Inc., 294 F. Supp. 3d 659, 691, 2018 Employee Benefits Cas. (BNA) 53520, 99 Fed. R. Serv. 3d 1515 (W.D. Ky. 2018)(“A mere accusation of wrongdoing, without more, is not sufficient.”); Waters v. AIG Claims, Inc., 338 F.R.D. 156, 162-63 (M.D. Ala. 2020).

318) 이에 대해 연방대법원의 리더십 부재를 보여주는 국면이라는 평가도 제기된다. Timothy P. Glynn, “FEDERALIZING PRIVILEGE”, 52 Am. U. L. Rev 59, 2002, 113 참조.

319) U.S. v. Jacobs, 117 F.3d 82 (2d Cir. 1997)[abrogated on other grounds by, Loughrin v. U.S., 573 U.S. 351, 134 S. Ct. 2384, 189 L. Ed. 2d 411 (2014)]; In re Richard Roe, Inc., 68 F.3d 38, 40, 43 Fed. R. Evid. Serv. 175 (2d Cir. 1995); In re John Doe, Inc., 13 F.3d 633, 637, 38 Fed. R. Evid. Serv. 1010 (2d Cir. 1994); In re Grand Jury Subpoena Duces Tecum Dated Sept. 15, 1983, 731 F.2d 1032, 1039, 15 Fed. R. Evid. Serv. 327, 38 Fed. R. Serv. 2d 1351 (2d Cir. 1984); In re John Doe Corp., 675 F.2d 482, 491-92, 10 Fed. R. Evid. Serv. 1390 (2d Cir. 1982).

320) In re Antitrust Grand Jury, 805 F.2d 155, 166, 21 Fed. R. Evid. Serv. 1341 (6th Cir. 1986)(“We are persuaded by the Second Circuit’s enunciation and adopt it as our evidentiary standard of a prima facie showing. It is the most objective definition of what we believe the Supreme Court meant when it stated that the government must present evidence to give ‘colour to the charge’.”); In re Sealed Case, 754 F.2d 395, 399 n.3, 17 Fed. R. Evid. Serv. 600 (D.C. Cir. 1985).

321) U.S. v. Collis, 128 F.3d 313, 321, 1997 FED App. 0275P (6th Cir. 1997); In re Antitrust Grand Jury, 805 F.2d 155, 164, 21 Fed. R. Evid. Serv. 1341 (6th Cir. 1986); Glidden Co. v. Jandernoa, 173 F.R.D. 459, 481 (W.D. Mich. 1997); Royal Surplus Lines Ins. Co. v. Sofamor Danek Group, Inc., 190 F.R.D. 505, 517 (W.D. Tenn. 1999); In re Miller, 247 B.R. 704, 711 (Bankr. N.D. Ohio 2000); U.S. S.E.C. v. Sierra Brokerage Services, Inc., 2005 WL 6569571 (S.D. Ohio 2005).

322) In re Grand Jury (G.J. No. 87-03-A), 845 F.2d 896, 898, 25 Fed. R. Evid. Serv. 738 (11th

예컨대 Duplan Corp. v. Deering Milliken, Inc. 사건³²³⁾에서 연방 제4 항소법원은 “prima facie 증거가 다짐 있는 사실을 실제로 증명할 필요는 없지만 상대방이 그 사실에 대한 증거가 반증되지 않은 채로 두면 법원을 설득하지 못할 위험을 부담하게 할 정도에는 이르러야 한다.”고 판시하였다.

그 밖의 견해로서 연방 제5 항소법원은 일견 명백한(prima facie) 증거를 ‘다른 증거에 의해 반박되거나 극복될 때까지 충분한 증거’로 라고 실시한다.³²⁴⁾ 유사하게, In re Sealed Case에서³²⁵⁾ 연방 DC 항소법원은 “현재 진행 중이거나 곧 발생하려고 하는 불법적 행위를 입증할 수 있는 증거로서, 사실판단자가 이를 제출받아 취신할 경우 기준이 충족되는” 입증이라고 판시하였다.³²⁶⁾ 연방 제9 항소법원 역시 상기 In re Sealed Case의 인용문을 인용하여 기본적으로 동일한 정의를 채택한다.³²⁷⁾

연방 제1 항소법원은 일견 명백한 증명(prima facie case) 논쟁에 참여하여 아래와 같이 선례의 현황을 요약하고 있다.

“항소법원 판례들의 행간을 통해 선례에서 합의된 바를 읽어보면, 의뢰인이 범죄나 사기로 나아가거나 조장할 목적으로 변호사의 조력을 이용했다고 믿을만한 합리적인 기초가 있으면 특권을 배척하기에 충분하다. 항소법원들은 비록 세부적 내용에서 의견이 분분하나 모두 의뢰인이 범죄나 사기로 나아가거나 조장하기 위해 변호사를 사용하려고 의도했을 수 있는 수학적(즉 긍정될 가능성이 반대의 경우보다 더 높은) 가능성(확률)보다 낮은 확률에 기초하여 특권의 예외인정을 유효하게 허용한다. 이것은 정책에

Cir. 1988).

323) Duplan Corp. v. Deering Milliken, Inc., 540 F.2d 1215, 1220 (4th Cir. 1976).

324) In re Grand Jury Proceedings in Matter of Fine, 641 F.2d 199, 203, 8 Fed. R. Evid. Serv. 137 (5th Cir. 1981).

325) In re Sealed Case, 676 F.2d 793, 10 Fed. R. Evid. Serv. 490, 33 Fed. R. Serv. 2d 1778 (D.C. Cir. 1982).

326) In re Sealed Case, 676 F.2d at 815; In re Grand Jury Investigation, 842 F.2d 1223, 1226, 24 Fed. R. Evid. Serv. 1067, 10 Fed. R. Serv. 3d 409 (11th Cir. 1987)(“evidence that if believed by the trier of fact would establish the elements of some violation that was ongoing or about to be committed”); Confidential Informant 59-05071 v. United States, 121 Fed. Cl. 36, 47 (2015)(“[T]o pierce the privilege, the very act of making the privileged communication must constitute an element of the misconduct alleged; it is not enough that it is relevant to showing the misconduct.”).

327) In re Grand Jury Subpoena of Connelly, 28 F.3d 106 (9th Cir. 1994) (unpublished); U.S. v. Edison, 2008 WL 170660, *3 (N.D. Cal. 2008).

기초한 타협이지만, 그 점은 특권 자체의 존재와 척도에 관하여도 마찬가지이다.”³²⁸⁾

이와 달리 “증거의 우위(preponderance of the evidence)”가 인정될 것을 요구하는 판결³²⁹⁾도 제시된다. 그러나 이 견해에 서면서도 형사 재판이나 대배심 수사에 관해서는 다른 절차 및 다른 기준이 적절할 수 있으며, 대배심 수사등 절차에서는 특권 보호보다 더 중요한 다양한 이익들이 때때로 특권 보호가 주장되는 의사교환에 대한 공개를 옹호하는 경우가 있음을 밝히는 판시도 있다.³³⁰⁾

4) 입증의 단계

일견 명백(prima facie) 입증을 위하여 어떤 단계가 명시적으로 설정되어 있지는 않다. 그러나 관념적으로 특권 예외여부의 판단절차는 당사자 일방의 특권 예외 주장 판단을 위한 인 카메라(in camera) 심리 개시 여부를 결정하는 단계 및, 동 심리에서 특권 배제 여부를 최종적으로 결정하는 단계의 두 가지로 구분이 가능하다.

연방대법원은 Zolin 판결³³¹⁾에서 명시적으로 “인 카메라 검토를 개시하기로 하는 이 결정은 범죄/사기 예외를 (최종)적용하기로 하는 결정보다 훨씬 더 낮은 증거 기준을 내포한다”라고 하여 이 같은 관념적 구분을 수용하고, 무분별한 탐색적 예외주장의 남용을 방지하고자 “인 카메라(in camera) 심리에서 범죄/사기 예외 주장을 입증하는 증거가 드러날 수 있을 것이라는 합리적인 사람에 의한 선의의 믿음을 뒷받침하기에 적절한 사실적 근거의 제시”가 요구된다고 판시하였다. 이에 따라 많은 법원들에서 이

328) In re Grand Jury Proceedings, 417 F.3d 18, 22-23 (1st Cir. 2005).

329) Laser Industries, Ltd. v. Reliant Technologies, Inc., 167 F.R.D. 417, 45 Fed. R. Evid. Serv. 71 (N.D. Cal. 1996), dismissed, 232 F.3d 910 (Fed. Cir. 2000); Brazil 판사의 견해. “나는 연방 증거규칙 104(a)의 “일부”가 “증거의 우위”로 해석되어야 한다고 요구한다.”

330) Laser Industries, Ltd. v. Reliant Technologies, Inc., 167 F.R.D. 417, 45 Fed. R. Evid. Serv. 71 (N.D. Cal. 1996), dismissed, 232 F.3d 910 (Fed. Cir. 2000)에서 Brazil 판사의 견해 참조: “첫째, 내가 제시할 설치는 민사소송에만 적용된다는 점을 강조하는 것이 중요하다... 형사 사건이나 대배심 조사와 관련하여서는 다른 절차 및 다른 기준이 적절할 수 있다. 대배심 조사와 관련하여 다양하고 더 중요한 이익들이 때때로 특권에 의해 보호될 상담내용에 대한 공개를 지지하는 경우가 있다.

둘째, 내가 채택한 기준은 특권 예외의 인정 여부를 판단하는 인 카메라 검토의 개시 여부에 대한 판단이 아니라, 특권 상실 여부에 대한 ‘최종적인 판단’에만 적용된다는 점을 명심해야 한다. 인 카메라 절차에서 문서를 검사할 것인가, 즉 특권 예외 여부 판단을 위한 인 카메라 절차 개시 여부를 결정하는 기준은 더 완화되어 있기 때문에, ... 법원이 실제로 예외를 인정하여 상담을 공개하기로 결정함에 있어 그보다는 더 높은 기준을 채택함으로써 변호사에 의해 부정하게 남용될 여지가 큰 위험이 방지될 수 있다.

331) United States v. Zolin, 491 U.S. 554, 572.

러한 단계적 구분을 긍정하고, 인 카메라 절차의 개시에 필요한 입증의 기준과 최종적 판단에 필요한 입증의 기준을 구별하는 방법을 취하고 있다.

예컨대 특권의 예외 인정 가능성을 촉발시키고 인 카메라(in camera) 심리 개시를 주장함에 있어서는 예외의 주장자가 상당한 이유(probable cause) 기준에 의하여, 그리고 최종 판단 단계에서 범죄/사기 예외 인정 여부를 결정함에 있어서는 증거 우위(preponderance of the evidence)의 기준에 의하여 입증될 것을 요구하는 방법을 취하는 판결³³²⁾이 그 예이다. 또한 최종 판단 단계에서 일견 명백(prima facie) 입증의 기준을 “증거 우위(preponderance of the evidence)”보다 더 낮은 정도로 완화하는 것이 다수 연방 항소법원의 입장이기 때문에, 이들 항소법원에서 이러한 단계별 접근법을 취하는 경우에는 인 카메라(in camera) 심리의 개시에 요구되는 입증의 정도는 그보다 더욱 낮게 된다.

In re Grand Jury Investigation 사건³³³⁾에서 연방 제9 항소법원은 인 카메라(in camera) 심리 개시에 필요한 입증 부담이 특권 예외 인정의 최종적인 결정에 요구되는 일견 명백(prima facie) 입증의 기준과 어떻게 다른가를 설명하였다. A사는 표준 혈액 검사에 (고가의) 페리틴 프로그램을 추가하여 메디케어(노인의료보험)에 사기적 청구를 통하여 보험금을 편취하려는 범죄 혐의에 대하여 대배심 수사를 받고 있었다. 동 사는 페리틴 프로그램을 시작하기 전에 변호사에게 자문을 구하고 그로부터 조언을 받았다. A사는 특권을 주장하였고, 이에 대해 수사기관은 명백히 고가의 페리틴

332) *Gutter v. E.I. Dupont De Nemours*, 124 F. Supp. 2d 1291, 1307 (S.D. Fla. 2000) 참조 (실제로, 이것은 범죄/사기 예외에 기초하여 특권에 반대하는 당사자가, 설명되지 않은 경우 예외의 존재에 대한 일견 명백한 증거가 될 증거를 제출해야 하는 초기 부담이 있음을 의미합니다. [이전에 법원은 일면증명(prima facie show)이란 “특권배제를 원하는 당사자는 만약 사실조사자가 이를 취신한다면 범죄사기 예외의 요소가 충족되었다는 인정 결론을 뒷받침 하기에 충분한 증거를 제시해야 한다”는 것을 의미한다고 설명했던바 있었습니다] 그러면 자신의 행위에 대해 합리적인 설명을 제공할 입증책임이 특권을 주장하는 당사자에게 이전됩니다. 법원이 특권 반대 당사자가 제시한 일견명백 증거(입증)를 반박하기에 특권주장자의 설명이 충분한 것으로 수락하면 특권이 유지되고, 반면 법원이 일견명백을 반박하기에 특권주장자의 증거가 충분하다고 인정하지 않을 경우에는, 일견명백 입증이 여전히 존재하고 특권은 상실됩니다... 입증책임을 완수하기 위해 특권 주장 당사자는 범죄/사기 예외 적용을 일견 명백히 보여주는 증거가 받아들여져서는 안 된다는 증거를 증거 우위에 의하여 보여야 합니다.); 한편 *Wachtel v. Guardian Life Ins. Co.*, 239 F.R.D. 376, 67 Fed. R. Serv. 3d 1 (D.N.J. 2006)역시 이 문제에 관하여 상세하게 소개하고 있다. 다만 이 판결은 특권 예외 결정 단계에서 증거 우위에 의한 입증책임을 누가 부담하는가에 대해서는 밝히지 않고 있다.

333) *In re Grand Jury Investigation*, 974 F.2d 1068, 36 Fed. R. Evid. Serv. 860 (9th Cir. 1992).

테스트를 표준 테스트 패널에 추가하기로 한 결정과 이 범죄계획 실행을 향한 변호사-A사 간 의사교환을 결합하면 Zolin 판결에 따라 인 카메라(in camera) 심리를 개시하기에 충분하다고 주장하였다.

이에 관하여 지방법원은 인 카메라(in camera) 심리 개시를 구하는 수사기관의 입증은 법원이 “추측” 속에서 절차를 개시할 것을 요구하기 때문에 Zolin 판결이 요구하는 입증의 정도를 충족하지 못한다고 인정하여 정부의 예외 주장을 배척하였다. 그러나 연방 제9 항소법원은 그와 같이 결정한 한도에서 지방법원은 Zolin 판결을 잘못 적용하였다고 판결하였다. 여기서 인 카메라(in camera) 심리의 ‘개시’가 문제되었고 이는 최종 결정 단계의 일견 명백(prima facie) 입증 수준보다 낮은 것이므로, 본질적으로 약간의 추측이 필요할 수 있으며, Zolin 판결의 요구는 예외 판단에서 법원의 일체의 추측을 방지하기 위한 것이 아니라, 특권 예외 적용에 관한 다툼을 남용하여 기밀사항을 알아내려는 “근거 없는 낚시성 원정”을 방지하고자 설계되었기 때문이라고 판시하였다.

5) 불법적 행위 입증

변호사와 상담하는 동안 또는 상담 후의 의뢰인의 행위가 불법일 수 있다는 사실로부터 곧바로 범죄/사기 예외인정에 충분한 일견 명백(prima facie case) 입증이 충족되지는 않으며, 의뢰인 활동의 세부사항이 분석될 필요가 있다. 예외를 주장하는 당사자가 의뢰인이 목적했다고 주장하는 어떤 행위가 위법행위임이 인정되는 경우에도 법원은 그 위반이 미미할 수 있다는 사실을 인식해야 하며, 일부 법 위반이 인정될 수 있다는 이유만으로 불법적 목적으로 법적 조력을 구할 의도를 속단할 경우 법률준수를 위해 변호사와 상담하는 의뢰인에게 불이익을 줄 수 있음이 지적된다.³³⁴⁾ 예컨대 변호사와 상담한 어떤 계약서에 법령상 허용되지 않는 내용이 일부 포함되어 있더라도 그로부터 곧바로 불법적 목적이 일견 명백하게 증명되었다고 단정하기 어려울 수 있다.³³⁵⁾ 한편 법률의 부지 주장만으로는 불법성이 부정되지 않는다.

334) Paul R. Rice, Attorney-Client Privilege in the United States(2020), § 8:6.

335) Ohio-Sealy Mattress Mfg. Co. v. Kaplan, 90 F.R.D. 21, 30, 8 Fed. R. Evid. Serv. 1449, 32 Fed. R. Serv. 2d 218 (N.D. Ill. 1980)(계약서상 연방대법원 판례를 우회(“get around”)할 수 있도록 노력한다는 문구만으로는 이러한 목적이 인정되지 않는다고 판시).

6) 시간적 근접성 입증

모든 항소법원에서 변호사와의 의사교환과 불법행위 간의 시간적 근접성은 범죄/사기 예외 판단에서 불법적 목적의 정황증거일 수 있음을 긍정하고 있다.³³⁶⁾ 그러나 그것만으로 일견 명백한 사건(*prima facie case*)의 입증이 인정되기는 어려운 경우가 많기 때문에³³⁷⁾ 이와 함께 의뢰인 활동의 세부 사항이 분석될 필요가 있다.

7) 목적성 입증

일견 명백한 사건(*prima facie case*)의 입증을 위해서는 일응의 불법적 행위와 변호사와 의사교환 간의 시간적 근접성에서 나아가, 의사교환이 그 행위를 목적하였다는 것이 인정되어야 한다.³³⁸⁾ 이는 결국 내심의 의사로서 의뢰인의 불법적 계획수립 또는 행위 등 객관적 외부적 행위들을 종합하여 추단할 필요가 있으므로, 상담을 전후한 의뢰인 활동에 관련한 사항이 세부적으로 검토될 필요가 있다.

예컨대 *Skeddle* 사건³³⁹⁾에서는 회사 관계자인 피고들이 그들이 설립한 다른 회사를 통해서 간접적인 형태로 회사와 자기거래를 수행하여 회사 보유 금전 및 기타 재산을 편취한 사안에 관하여 변호사와 의사교환 내용의 특권 배제가 논의되었다. 법원은 피고들이 변호사에게 상담하기 전에 이 같은 자기거래 계획을 세운 사실, 피고들이 자기거래를 위한 회사를 설립한 즉시 피해회사에 막대한 자금을 확보하게 하고 이후 2년간 약 770만 달러를 수령한 사실 등에 기초하여, 피고들이 상담 전부터 자기거래를 통해 회사 재산을 편취할 목적이 있었고, 그것이 변호사와 행한 법률상담의 목적이었음을 인정하였다.

336) *In re Grand Jury Investigation*, 445 F.3d 266, 279 (3d Cir. 2006) (“Certainly, the temporal proximity of the ongoing deletion of emails after January 20 could be viewed as an additional indication that Jane Doe intended to use the information she gathered from the January 20 communication to further the scheme…”).

337) *In re Grand Jury Subpoenas Duces Tecum*, 798 F.2d 32, 34, 21 Fed. R. Evid. Serv. 616 (2d Cir. 1986); *Duttle v. Bandler & Kass*, 127 F.R.D. 46, 56 (S.D. N.Y. 1989) (“It is not enough that there was merely a temporal coincidence between the fraudulent or criminal activity and the client’s consultation with counsel.”); *In re Grand Jury Proceedings in Matter of Fine*, 641 F.2d 199, 204, 8 Fed. R. Evid. Serv. 137 (5th Cir. 1981) (“These [coincidental] facts may support a strong suspicion, which is often enough for police and prosecutors, but it is not enough for court.”).

338) *In re Grand Jury Subpoenas Duces Tecum*, 798 F.2d 32, 34, 21 Fed. R. Evid. Serv. 616 (2d Cir. 1986); *Duttle v. Bandler & Kass*, 127 F.R.D. 46, 56 (S.D. N.Y. 1989) 등.

339) *United States v. Skeddle*, 989 F. Supp. 890 (ND Ohio 1997), 902.

또한 법원은 피고들이 비록 그들이 행한 자기거래의 불법여부를 확인하기 위해 변호사에게 연락을 취했다더라도 회사 비용으로 불법적 이익을 얻는 데 도움을 받기 위해 변호사에게 접근한 것이 일견 명백하게 입증될 수 있고, 같은 목적을 달성하는 합법적 방법을 문의하였다는 이유만으로는 목적의 불법성이 부정될 수 없어 특권의 예외가 인정된다고 판시하였다.

이처럼 일견 명백(*prima facie*) 사건의 입증에 필요한 행위의 불법성 및 불법적 목적은 구체적인 사안에서 판단되므로, 그 사안이 속한 분야의 법리에 의한 영향을 받을 수 있고 구체적 사안이 갖는 특성이 고려될 수 있다. 예컨대 독점규제 소송,³⁴⁰⁾ 파산사건,³⁴¹⁾ 특허사건,³⁴²⁾ 주주대표소송³⁴³⁾ 등에서 각 분야별 사건이 갖는 고유한 법률·사실적 특색에 따라 일견 명백(*prima facie*) 사건의 입증 여부가 검토되고 있다.

(5) 심리방식: 일방심리(*ex parte*)

특권 예외 주장자가 일견 명백(*prima facie*) 사건을 입증하고자 제출한 증거를 어떻게 심리할 것인가, 즉 그 심리방법이 문제된다. 정식의 preliminary minitrials 절차에 따라 심리할 경우, 당사자주의적 보장에 충실하지만 그 과정에서 특권 예외 주장자에게 기밀 의사교환의 내용이 누설될 경우 회복하기 어려운 피해가 발생할 수 있기 때문이다. 특히 대배심 수사절차에서는 수사기밀의 보장이 문제되며, 분쟁 대상 자료가 방대한 경우 이를 검토하는 데 장시간이 소요되는 문제도 있다.

실제로 당사자주의적 절차가 배제되어 특권배제 신청자가 제공한 증거만을 고려할 수 있다거나 더 나아가 그럴 필요성이 있다는 판례는 주로 형사 사건에서, 특히 대배심이 진행 중인 수사 피의자의 변호인에 대해 그 증언이나 문서들을 소환한 경우에 발생하고 있다.³⁴⁴⁾

340) *In re Sulfuric Acid Antitrust Litigation*, 235 F.R.D. 407, 422 (N.D. Ill. 2006), supplemented, 432 F. Supp. 2d 794 (N.D. Ill. 2006).

341) *In re Andrews*, 186 B.R. 219, 223 (Bankr. E.D. Va. 1995).

342) *Warner-Jenkinson Co. v. Allied Chemical Corp.*, 477 F. Supp. 371 (S.D. N.Y. 1979), *aff'd*, 633 F.2d 208 (2d Cir. 1980); *Parker v. Motorola, Inc.*, 524 F.2d 518 (5th Cir. 1975); *Aktiebolag v. Waukesha Cutting Tools, Inc.*, 640 F. Supp. 1139 (E.D. Wis. 1986); *Carella v. Starlight Archery and Pro Line Co.*, 804 F.2d 135 (Fed. Cir. 1986).

343) *Milroy v. Hanson*, 902 F. Supp. 1029, 1033 (D. Neb. 1995).

344) *Laser Industries, Ltd. v. Reliant Technologies, Inc.*, 167 F.R.D. 417, 420, 45 Fed. R. Evid. Serv. 71 (N.D. Cal. 1996), *dismissed*, 232 F.3d 910 (Fed. Cir. 2000) 참조.

대배심 수사절차에서는 수사기밀을 고려하여, 그리고 형사소송에서는 시간이 많이 걸리고 불필요하다는 이유로 일방심리에 의하는 경우가 많다고 한다.³⁴⁵⁾ 즉 형사소송에서는 특별한 경우³⁴⁶⁾를 제외하면 특권 분쟁을 당사자주의의 예외로서 일방만이 참여하는 일방심리(ex parte) 방식을 통하여 결정할 수 있다.³⁴⁷⁾ 그 입증은 일반적으로 진술서,³⁴⁸⁾ 대배심 채택 증언 등에 관한 검사 작성 진술서(good faith statements by the prosecutor as to testimony already received by the grand jury)³⁴⁹⁾ 및 그 밖의 증거자료³⁵⁰⁾(해당 문서의 검토 포함)를 통해 수행된다.³⁵¹⁾

그러나 이러한 일방적 입증을 허용하는 것은 특권 주장자에게 불공정을 야기할 소지가 있다는 지적이 있다. 이 같은 절차에서 특권주장자는 예외주장자가 제출한 정보에 대해 잘 알 수가 없기 때문에 특권 주장자는 상대방의 일견 명백(prima facie) 사건 입증에 반박하고자 반대 증명을 하는 것이 사실상 곤란하게 되어 무기평등에 반함은 물론, 맥락과 제출된 증거를 최대한 종합하여 범죄/사기목적을 밝혀야 하는 상황에서 특

345) In re Special September 1978 Grand Jury (II), 640 F.2d 49, 57-58, 6 Fed. R. Evid. Serv. 616 (7th Cir. 1980); In re Vargas, 723 F.2d 1461, 1467 (10th Cir. 1983)(“[T]he determination of whether the government shows a prima facie foundation ...’ can be made ex-parte and a ‘preliminary minitrial’ is not necessary.”); In re September 1975 Grand Jury Term, 532 F.2d 734, 737 (10th Cir. 1976)(“We find no authority which holds that such determination must be made in an adversary hearing... The contest of a subpoena may not be converted into a preliminary trial.”).

346) 예컨대 U.S. v. Boender, 649 F.3d 650, 658-59 (7th Cir. 2011).

347) In re Special September 1978 Grand Jury (II), 640 F.2d 49, 54, 6 Fed. R. Evid. Serv. 616 (7th Cir. 1980).

348) In re John Doe, Inc., 13 F.3d 633, 38 Fed. R. Evid. Serv. 1010 (2d Cir. 1994)(government submitted an ex parte sealed affidavit of an FBI agent); In re Grand Jury (G.J. No. 87-03-A), 845 F.2d 896, 898, 25 Fed. R. Evid. Serv. 738 (11th Cir. 1988); In re Vargas, 723 F.2d 1461, 1467 (10th Cir. 1983)(“[T]he prima facie foundation may be made by documentary evidence or good faith statements by the prosecutor as to testimony already received by the grand jury.”); In re Sealed Case, 754 F.2d 395, 398, 17 Fed. R. Evid. Serv. 600 (D.C. Cir. 1985).

349) In re Grand Jury (G.J. No. 87-03-A), 845 F.2d 896, 898, 25 Fed. R. Evid. Serv. 738 (11th Cir. 1988); In re Grand Jury Investigation, 842 F.2d 1223, 1226, 24 Fed. R. Evid. Serv. 1067, 10 Fed. R. Serv. 3d 409 (11th Cir. 1987)(“[A] prima facie showing can be established by a good faith statement by the prosecutor as to what evidence is before the grand jury.”).

350) International Tel. & Tel. Corp. v. United Tel. Co. of Florida, 60 F.R.D. 177, 182, 19 Fed. R. Serv. 2d 1140 (M.D. Fla. 1973)(“[T]he Court’s determination is based upon a consideration of the exhibits attached to the motion and responsive memoranda, the interrogatories and depositions as they have been referred to the Court by the parties in their briefs, the allegations of the pleadings and the undisputed facts, whenever they might be found.”).

351) Paul R. Rice, Attorney-Client Privilege in the United States(2020), § 8:9.

권 주장자의 제출 증거 없이 판단하는 것은 도움이 되지 않는다는 것이다.³⁵²⁾

형사소송에서 당사자 일방만이 참여하는 일방심리(ex parte) 절차를 통하여 특권 분쟁을 판단하는 태도는, 법원이 특권 분쟁에서 당사자주의 관철의 요청보다 분쟁의 효율적인 해결에 더 큰 비중을 두고 있다거나, 또는 형사소송 특히 대배심 절차에서 수사기밀 보호의 필요에 입각한 것으로 평가된다.³⁵³⁾ Laser Industries, Ltd. v. Reliant Technologies, Inc., 사건 Wayne Brazil 판사는 이에 관하여 다음과 같이 언급하고 있다.³⁵⁴⁾

“이러한 상황에서 많은 법원들은 법원이 수사기관이 제출한 범죄/사기의 증거만을 고려할 필요가 있으며 인 카메라(in amera) 그리고 일방(ex parte) 심리 절차에서 이들 증거의 일부 또는 전체를 고려할 수 있다고 결론 내렸다. 이는 특권주장자와 그의 변호사는 논쟁이나 경쟁적인 증거 제출을 통해 예외주장에 반박하는 것은 고사하고 심지어 그 증거가 무엇인가를 알 기회조차 없음을 의미한다.

그러나 이러한 상황, 즉 [형사소송]에서 긴장관계에 있는 이해관계는 [민사소송]에서 긴장관계에 있는 이해관계와 근본적으로 다르다. 가장 뚜렷한 것은 대배심 수사에서는 기밀을 유지하고 효율성을 유지할 실질적인 수사기관의 이익이 있다는 것이다. 대배심의 역할에 내재된 범죄행위의 효과적인 탐지, 처벌 및 범죄행위 억제 등과 같은 중요한 사회적 이익들은 [대부분의 민사 소송]에서 갖는 이해관계와 비교가 되지 않는다.

352) Paul R. Rice, Attorney-Client Privilege in the United States(2020), § 8:7.

353) U.S. v. Weed, 99 F. Supp. 3d 201, 206 (D. Mass. 2015)(“[T]he government may proffer ex parte the evidence on which it relies to establish the applicability of the crime-fraud exception, and ‘the court may weigh that evidence, gauge its adequacy, and rule on the claim without affording the putative privilege-holder a right to see the evidence proffered or an opportunity to rebut it.’”); In re Grand Jury Proceedings (Gregory P. Violette), 183 F.3d 71, 79, 52 Fed. R. Evid. Serv. 456 (1st Cir. 1999); In re John Doe, Inc., 13 F.3d 633, 38 Fed. R. Evid. Serv. 1010 (2d Cir. 1994); Natural-Immunogenics Corp. v. Ferrell, 766 Fed. Appx. 435, 437-38 (9th Cir. 2019)(“[O]ur precedent does not require an ex parte hearing, and in fact gives district courts discretion in how they evaluate claims of attorney-client privilege... Under that same precedent, the district court had adequate support for its conclusion that the relevant communications between the attorneys and clients were subject to the crime-fraud exception.”); In re Vargas, 723 F.2d 1461, 1467 (10th Cir. 1983)(determination of the applicability of the crime/fraud exception “can be made ex-parte and a ‘preliminary minitrial’ is not necessary.”).

354) Laser Industries, Ltd. v. Reliant Technologies, Inc., 167 F.R.D. 417, 420, 45 Fed. R. Evid. Serv. 71 (N.D. Cal. 1996), dismissed, 232 F.3d 910 (Fed. Cir. 2000).

그리고 법원은 주로 이러한 이익들의 비중에 근거하여 형사재판에서 사실심 법관이 특권 예외 주장자가 제출한 증거만을 고려하여 범죄/사기 예외가 성립되었는가 여부를 결정하는 것이 헌법적(적법 절차) 또는 기타 규범에 위배되지 않는다고 결론내린바 있다.”

반면 이러한 특수한 요청이 없는 민사소송에서는 당사자주의의 요청이 보다 강조된다고 한다. 즉 민사소송에서는 적어도 특권 주장자의 증거제출이 반드시 필요한 것으로 판시된다. Haines v. Liggett Group Inc. 사건³⁵⁵⁾에서 연방 제3 항소법원은 특권의 예외를 주장하는 당사자가 인 카메라(in camera) 심리가 필요하다는 의사를 표명한 이후에는, 법원은 그 상대방인 특권 주장 당사자에게 반대 증거를 제시하고 함께 고려되어야 하는 다른 논의를 할 기회를 주지 않고서는 일견 명백 사건(prima facie case) 입증에 충족되었는가 여부를 결정할 수 없다고 판시하였다. 한편 특권의 예외 결정 절차에서 사실 판단자가 그 책임 하에 증거의 경중을 평가함에 있어, 특권 주장 당사자는 자기의 증거를 제출하여 반박할 기회에 대한 권리를 갖는다는 것이 항소법원들의 판례이다.³⁵⁶⁾³⁵⁷⁾

355) Haines v. Liggett Group Inc., 975 F.2d 81, 36 Fed. R. Evid. Serv. 782 (3d Cir. 1992), as amended, (Sept. 17, 1992).

356) In re Omnicom Group, Inc. Securities Litigation, 2007 WL 2376170, *10 (S.D. N.Y. 2007) (“There should be no dispute that, at least in a civil case, the party opposing a crime/fraud motion is permitted to proffer evidence to be considered in weighing the strength of the movant’s initial showing.”); In re General Motors Corp., 153 F.3d 714, 716 (8th Cir. 1998) (“This being a civil case, the district court may not, however, compel production without permitting the party asserting the privilege, to present evidence and argument.”); In re Napster, Inc. Copyright Litigation, 479 F.3d 1078, 1091, 72 Fed. R. Evid. Serv. 826 (9th Cir. 2007); In re M & L Business Mach. Co., Inc., 167 B.R. 937, 942–943 (D. Colo. 1994) (“[i]f the party attacking the privilege has made out its prima facie case for application of the exception, then the party asserting the privilege must thereafter be provided the opportunity to rebut such evidence... [W]here a fact finder undertakes to weigh evidence in a proceeding seeking an exception to the privilege, the party invoking the privilege has the absolute right to be heard by testimony and argument.”); In re Sealed Case, 754 F.2d 395, 399–402, 17 Fed. R. Evid. Serv. 600 (D.C. Cir. 1985).

357) Laser Industries, Ltd. v. Reliant Technologies, Inc. 사건에서 Brazil 판사는 나아가 민사소송에서 특권의 예외를 판단함에 있어 기술적인 부분인 소송경제, 즉 사법자원의 효율에 관련한 문제를 추가로 언급하였다. “또한 법원이 특권 소유자가 제공한 증거와 주장을 고려하도록 요구하는 것이 사법부의 부담을 순증시킬 것인가도 분명하지 않다. 청문이 더 공정하고, 더 개방적이며, 더 까다롭게 변화될 것이라는 전망은 일부 당사자가 특권주장을 저지하기 위해 두서없는 주장을 하거나 대강 전술적 노력을 시작하는 것을 저지 한다. 이것은 그렇게 되어야 하는 바대로의 바람직한 결과이며, 이의제기 되어 청문을 거치는 사건 수가 감소하는 결과를 초래할 것이다. 여기서 채택된 접근 방식의 결과는 더 노동집약적인 절차가 될 가능성이 높지만 사건 수는 보다 적다. 따라서 사법자원에 대한 수요가 순증가할 것이라고 자신 있게 단언할 수 없다. 그리고 우리에게 부담이 약간 증가하더라도, 우리는 공정성에 대한 우리의 헌신에 따라 이를 부담하여야 할 것이다.” Laser Industries, Ltd, 167 F.R.D at 422.

In re Feldberg 사건에서³⁵⁸⁾ 연방 제7 항소법원 역시 상대방의 사기에 대한 일견 명백(prima facie) 입증에 대한 응답으로서 특권 주장자의 반박설명을 고려할 사실심 법원의 책임을 인정하였다. 법원은 일견 명백(prima facie)입증의 기준에 관하여 “증거에 대한 우월한 접근권을 갖고 상황을 설명할 수 있는 가장 유리한 위치에 있는 상대방에게 그 설명을 제시하도록 요구해야 할” 만큼 충분한 증거를 제시할 때 일견 명백(prima facie) 입증이 충족된다고 판시한 항소법원 판결에 근거하여, 특권 주장자의 해명이 고려되어야 한다고 언급하였다. 특권 주장자가 이를 충분히 해명하면 특권이 유지되는 반면, 아무런 설명을 제시하지 않는 경우 특권의 예외가 인정된다.³⁵⁹⁾

(6) 법원의 판단

1) 판단의무

일단 당사자 일방이 일견 명백(prima facie) 입증에 따라 범죄/사기 예외를 제기하고 주장을 입증할 증거를 제출하면 법원은 이에 대해 결정으로(motion) 일견 기준이 충족되었는가 여부를 판단한다.³⁶⁰⁾ 그런데 이러한 제출을 하였음에도 법원이 이를 판단하지 않을 수 있는가 문제된다.

In re Impounded 사건에서는 수사기관이 특권 주장에 대한 예외로서 사기범죄에 대한 일견 명백(prima facie) 입증에 대해 제출한 증거에 대하여 법원이 결정을 거부한 사안이 문제되었다. 연방 항소법원은 이것이 부적절하다고 하면서 “수사기관이 피의자와 변호사 간 법률자문이 범죄/사기 목적이었다는 충분한 일견 명백(prima facie) 입증에 제출한 경우에는 특권이 배제되며, 대배심은 변호사가 의뢰인인 피의자와 한 의사교환에 대해 증언하도록 강제할 수 있다.”고 판단하였다.³⁶¹⁾

2) 판단근거: 고려되는 증거

재판장은 의뢰인이 범죄/사기 등을 수행할 목적으로 변호사와 상담하여 변호사

358) In re Feldberg, 862 F.2d 622, 626, 27 Fed. R. Evid. Serv. 178 (7th Cir. 1988); In re Grand Jury Subpoenas, 144 F.3d 653 (10th Cir. 1998).

359) Johnson v. Couturier, 2009 WL 649791, *2 (E.D. Cal. 2009).

360) In re Impounded, 241 F.3d 308 (3d Cir. 2001); Second Circuit, Doe v. U.S., 82 Fed. Appx. 250, 252 (2d Cir. 2003).

361) In re Impounded, 241 F.3d 308, 317-18 (3d Cir. 2001). 그러나 이에 대해서는 판사 Nygaard 에 의하여 변호사-의뢰인 특권을 침해하기 때문에 대배심 소환장(subpoena)이 불합리하다고 결론내리는 경우 정부의 증거제출을 무시할 수 있다는 반대견해도 제시되었다.

와 의뢰인 관계를 남용했는가 여부를 연방증거규칙 제104(a)조의 예비심문을 거쳐 및 사실에 따라 판단한다.

연방대법원은 범죄/사기예외 여부에 관한 결정이 “특히 지방법원이 검토하도록 요청받은 자료의 양, 특권 보호가 주장되는 기밀 의사교환이 사건에서 차지하는 상대적 중요성, 그리고 사건의 사실과 상황에 비추어 인 카메라(in camera) 심리에 제출된 증거가 법원에 제출된 다른 증거와 함께 범죄/사기 예외가 적용됨을 입증할 가능성”을 검토하여야 한다고 실시하였다.³⁶²⁾ 사법절차에서 허용되지 않는 증거가 아닌 한 여기에 고려될 수 있다.³⁶³⁾

여기서 문제는 특권 분쟁 대상인 기밀 의사교환 자체가 고려될 수 있는가이다. 즉 특권 예외의 주장자가 일견 명백(prima facie) 사건의 입증을 위하여 제출하는 증거가 문제의 기밀 의사교환이 아닌 다른 증거이어야 하는가가 문제 된다.

과거 일부 판결은 기밀 의사교환 자체는 증거가 될 수 없고 다른 증거에 의하여 변호사-의뢰인 관계의 남용을 입증해야 한다는 입장을 취하기도 하였다.³⁶⁴⁾ 그러나 다른 법원들은 이러한 입장에 반대하며 강력하게 비판하였다.³⁶⁵⁾

362) Zolin, 491 U.S. at 572, 109 S. Ct. at 2631.

363) In re Grand Jury 87-3 Subpoena Duces Tecum, 884 F.2d 772 (4th Cir. 1989), judgment rev'd on other grounds, 498 U.S. 292, 111 S. Ct. 722, 112 L. Ed. 2d 795 (1991)(수사기관이 행한 전문증언); In re Grand Jury Proceedings-Gordon, 722 F.2d 303, 305, 14 Fed. R. Evid. Serv. 510 (6th Cir. 1983); In re Vargas, 723 F.2d 1461, 1467 (10th Cir. 1983)(검사가 행한 대배심 증언 요약진술); In re Grand Jury Investigation, 842 F.2d 1223, 1226, 24 Fed. R. Evid. Serv. 1067, 10 Fed. R. Serv. 3d 409 (11th Cir. 1987)(검사가 행한 대배심 증언 요약진술).

364) U.S. v. Schlegel, 313 F. Supp. 177, 180 (D. Neb. 1970)(“[I]t is preferable to require that the conditions of the exception to the privilege be established by evidence other than the communications”); U.S. v. Shewfelt, 455 F.2d 836, 840 (9th Cir. 1972) [abrogated by, U.S. v. Zolin, 491 U.S. 554, 109 S. Ct. 2619, 105 L. Ed. 2d 469, 27 Fed. R. Evid. Serv. 833 (1989)](“[B]efore the privileged status of [attorney-client] communications can be lifted, the government must first establish a prima facie case of fraud independently of the said communications.”); In re Grand Jury Proceedings, 867 F.2d 539, 541, 27 Fed. R. Evid. Serv. 705 (9th Cir. 1989)(“In this Circuit, we require that the prima facie showing be made from evidence independent of the communications between the client and the attorney.”); Kockums Industries Ltd. v. Salem Equipment, Inc., 561 F. Supp. 168, 171, 13 Fed. R. Evid. Serv. 526, 36 Fed. R. Serv. 2d 1053 (D. Or. 1983)(“In this Circuit, evidence of the fraud must be established independent of the privileged communications themselves.”).

365) In re Blier Cedar Co., Inc., 10 B.R. 993, 9 Fed. R. Evid. Serv. 101 (Bankr. D. Me. 1981) (“[E]stablishment of a prima facie case that the underlying transaction was fraudulent does dissolve the privilege ... even if the prima facie showing results from an in camera inspection of subject documents.”); In re Grand Jury Subpoenas Duces Tecum, 798 F.2d 32, 34, 21 Fed. R. Evid. Serv. 616 (2d Cir. 1986); In re Grand Jury Subpoena, 745 F.3d 681, 687 (3d Cir.

연방대법원은 *United States v. Zolin* 사건³⁶⁶)에서 연방 증거규칙[특히 규칙 104(a)]상 인 카메라(in camera) 심리절차에서 이를 금지하는 조항은 없으며 만약 이를 금지할 경우 당사자주의 절차의 적절한 기능에 과도한 방해를 발생시킬 것이라는 점, 그리고 예외 주장자의 입증책임이 다소 경감되어 있더라도 외부 증거로는 입증할 수 없는 남용이 있으므로 이를 사용할 필요도 있음을 지적하면서, 연방 커먼로 차원에서 기밀 의사교환 자체도 범죄/사기 예외 인정여부를 최종적으로 결정하는 판단에서 증거로 사용될 수 있다고 판시함으로써 이 문제를 정리하였다.

다만 *Zolin* 사건에서는 그에 앞서 인 카메라(in camera) 심리를 개시하는 단계에서 기밀 의사교환 자체를 증거로 사용할 수 있는가를 명시적으로 언급하지는 않았다. 일부 항소법원에서는 인 카메라(in camera) 심리의 개시 여부를 결정하는 단계에서는 최종 결정 단계보다 낮은 수준의 입증만을 요구하면서, 그러한 가벼운 수준의 입증은 분쟁대상인 기밀내용과 독립적인, 특권 대상이 아닌 증거에 의하여 충족되어야 한다고 판시하고 있다.³⁶⁷)

한편 *Zolin* 사건에서 연방대법원은 기밀 자료 자체가 제출됨으로써 특권의 포기

2014), cert. denied, 135 S. Ct. 510, 190 L. Ed. 2d 361 (2014) (“Because it is often difficult or impossible to prove that the exception applies without delving into the communications themselves, the Supreme Court has held that courts may use in camera review to establish the applicability of the exception.”); *In re Grand Jury Proceedings*, 604 F.2d 798, 803 n.6, 4 Fed. R. Evid. Serv. 1330 (3d Cir. 1979); *Union Camp Corp. v. Lewis*, 385 F.2d 143, 144 (4th Cir. 1967); *U.S. v. Aucoin*, 964 F.2d 1492, 1498, 36 Fed. R. Evid. Serv. 142 (5th Cir. 1992) (“Combining the contested conversations with intercepted conversations between Aucoin and others, concerning what advice he had been given by his lawyer, it was certainly proper and appropriate to apply the crime/fraud exceptions.”); *In re Antitrust Grand Jury*, 805 F.2d 155, 169, 21 Fed. R. Evid. Serv. 1341 (6th Cir. 1986) (“[W]e hold that the District Court erred in not reviewing the documents ... in order to determine whether they reflect communications ... made in furtherance of a contemplated or ongoing Sherman Act violation.”).

366) *U.S. v. Zolin*, 491 U.S. 554, 109 S. Ct. 2619, 105 L. Ed. 2d 469, 27 Fed. R. Evid. Serv. 833 (1989).

367) *United States v. Christensen*, 828 F.3d 763, 799 (9th Cir. 2015), cert. denied, 137 S. Ct. 628, 196 L. Ed. 2d 517 (2017) and cert. denied, 137 S. Ct. 2109, 197 L. Ed. 2d 907 (2017) (“[I]f the government makes such a preliminary showing based on evidence other than the potentially privileged materials themselves, the court may conduct an in camera review to determine whether the materials are privileged and, if so, whether the crime-fraud exception applies.”); *Cunningham v. Connecticut Mut. Life Ins.*, 845 F. Supp. 1403, 1413 (S.D. Cal. 1994) (“The court in its discretion may conduct an in camera review of privileged communications to resolve whether they fall within the crime-fraud exception. However, only nonprivileged relevant evidence lawfully obtained is used to determine whether to conduct an in camera review.”).

로 해석될 것을 우려하여, “특권 주장의 본안(merits)을 결정할 목적으로 지방법원에 특권이 주장되는 자료를 공개하는 것은 특권을 포기하는 법적 효력을 갖지 않는다.”³⁶⁸⁾ 라는 결론을 다수의견으로 채택하였다.

3) 기밀 의사교환의 제출요구, 법원이 알게 된 증거

인 카메라(in camera) 심리를 정당화하는 기초사실이 성공적으로 입증된 후 법원은 특권 주장자에게 반증을 위해 대상 문서를 제출하도록 요구할 수 있는가가 논의될 수 있다. 이러한 문서제출 요구는 가능한 것으로 해석되나, 특권 여부 판단에 필요한 범위를 벗어나지 않아야 한다.

한편 법원이 다른 증거를 통해 이미 범죄/사기목적 의사교환 사실을 알게 된 경우에도 특권 예외를 주장하는 당사자에 의한 일견 명백(prima facie) 사건 입증이 필요한가 여부가 문제된다. 일부 연방 항소법원 판결³⁶⁹⁾은 이를 긍정한다.³⁷⁰⁾

(7) 결정의 효력

일단 일견 명백(prima facie) 사건 입증이 충족되고 변호사-의뢰인 간 의사교환의 목적이 범죄/사기 또는 불법행위 등임이 인정되면, 관련된 모든 의사교환이 공개될 수 있다. 법원은 관련된 의사교환들을 제출하도록 명령한다.³⁷¹⁾

특권의 예외 여부에 관한 법원의 판단은 동 쟁점에 한하여 당사자를 구속하는 사법적 판단이다. 특권의 예외를 인정하는 결정 및 그에 기한 강제공개 명령이 진행되면

368) U.S. v. Zolin, 491 U.S. 554, 568.

369) U.S. v. de la Jara, 973 F.2d 746, 748-749, 36 Fed. R. Evid. Serv. 537 (9th Cir. 1992).

370) 참고로 예외주장에 따른 판단범위와 관련하여, In re Grand Jury Subpoena 92-1(SJ) 사건에서는 정부의 예외 주장에 의하여 1989. 2. 1.부터 1990. 3. 28. 기간 동안 사기수법이 입증되었다. 그런데 사실심법원은 특권 주장자에게 특권 여부 조사를 위하여 1989. 2. 1부터 1991. 7. 12(의뢰인에 대한 수색영장 집행일) 까지 작성 또는 가공된 모든 문서 제출을 명하였다. 특권 주장자는 이에 대한 취소신청이 기각되자 항고하였다. 연방 제9 항소법원은 이 항고사건에 대하여 정부가 예외를 주장하지 않은 1990. 3. 28. 이후 기간에 대한 제출명령이 위법하다고 판단하였다. In re Grand Jury Subpoena 92-1(SJ), 31 F.3d 826, 40 Fed. R. Evid. Serv. 1456 (9th Cir. 1994).

371) Duplan Corp. v. Deering Milliken, Inc., 397 F. Supp. 1146, 1195 (D.S.C. 1974)(“Where a prima facie showing of fraud has been made from other documents, production will be ordered of otherwise privileged attorney-client communications which tend to show the innocence, as well as the guilt, of the parties charged with the fraud. With a prima facie showing of fraud staring in its face from other documents, the court will not deny production of in camera documents tending to show innocence because to do so will effectively constitute a prejudgment of the case and cast a shadow upon the integrity of the court.”).

이에 의하여 관련 의사교환이 기밀성을 상실하며, 이로써 특권의 기초가 파괴되면 더 이상 특권을 주장할 수 없음은 물론 그 실익도 없게 된다.

한편 특권의 예외가 특권 배제가 주장된 그 범죄로 기소되거나 그 불법행위가 직접적인 분쟁 대상으로 된 사건에서만 주장 및 결정될 수 있는가가 문제된다. 과거 Alexander v. United States³⁷²⁾ 판결에서 이러한 입장을 취한 바 있었으나, 현재는 이러한 견해는 수용되지 않고 있으며, 미국의 모든 법원들은 이 판결에 불구하고 이러한 제한이 없는 것으로 간주하고 있다.³⁷³⁾

범죄 전 의사교환이 특권의 보호를 벗어난 것으로 판명되어 공개되더라도, 이러한 사실은 동일한 불법 활동에 대한 범죄 후 의사교환에 대한 특권의 보호에 영향을 끼치지 않는다.³⁷⁴⁾

특권에 관한 판단은 본안재판과 별개이므로, 범죄/사기 예외의 인정여부는 본안 재판의 결론과 무관하다. 또한 범죄/사기 예외 인정이 범죄/사기를 확정하는 효력을 갖지 않으며, 특권 주장 당사자가 범죄/사기에 대한 기소 또는 유죄 판결을 배제할 수 있는 적절한 변호수단을 갖더라도 범죄/사기에 대한 일견 명백(prima facie) 사건이 입증되어 예외가 인정될 수 있다.³⁷⁵⁾

3. “정당한 사유”의 예외 또는 “이익형량”의 예외

가. “정당한 사유(good cause)”의 예외

(1) 의의

특권이 인정되는 경우에 그에 의한 보호는 절대적인 것으로 설명된다.³⁷⁶⁾ 이러한 맥락에서 변호사-의뢰인 특권은 업무성과물 원칙과 달리 ‘필요성의 예외’가 인정되

372) Alexander v. U.S., 138 U.S. 353, 357-60, 11 S. Ct. 350, 34 L. Ed. 954 (1891).

373) Paul R. Rice, Attorney-Client Privilege in the United States(2020), § 8:16.

374) In re Federal Grand Jury Proceedings, 89-10 (MIA), 938 F.2d 1578, 1582, 33 Fed. R. Evid. Serv. 1524 (11th Cir. 1991).

375) In re Grand Jury Subpoena, 220 F.3d 406, 410, 54 Fed. R. Evid. Serv. 1496, 178 A.L.R. Fed. 6 (5th Cir. 2000).

376) Paul R. Rice, Attorney-Client Privilege in the United States(2020), § 8:1.

지 않는다고 설명되고, 또한 여기서 논의할 정당한 사유의 예외 및 이익형량의 예외 등도 인정되지 않는 것으로 설명되기도 한다. 이는 “정당한 사유”, “이익 형량”, “필요성” 등 예외 인정이 특권 보호에 대한 예측가능성을 파괴하기 때문이라고 한다.³⁷⁷⁾

그러나 실제로 변호사-의뢰인 특권에 대하여 절대적 보호가 제공되는가에 대해서는 그렇지 않다는 평가도 제시된다.³⁷⁸⁾ 특권에 대해서 이른바 ‘정당한 사유(good cause)’의 예외를 인정하는 연방 및 주 판결들이 적지 않다. 또한 형사소송에서 수정헌법 제6조의 대면권 보장을 중심으로 전개되는 특권의 예외가 일반적인 예외사유로서 이른바 ‘정당한 사유(good cause)’의 예외를 인정하는 단초이기도 하다는 평가가 있다. 대다수 주 법원 판결은 아직 이를 명확히 다루지 않았지만³⁷⁹⁾ ‘정당한 사유(good cause)’의 예외인정 여부에 관하여 다른 주 법원 간에도 이를 인정하는 입장과 반대하는 입장이 분분하다.³⁸⁰⁾ 이런 상황이라면 법원이나 기타 의사 결정자에 의한 다른 정책 또는 이익, 손해, 기타 이해관계 등의 요소들에 대한 사후적 형량에 기초하여, 특권에 대해 절대적 보호가 제공된다는 전통적 설명에도 불구하고 다양한 특권의 예외가 인정되고 있는 것으로 보인다.³⁸¹⁾

(2) 채택 현황

이에 관하여, 연방 내 15개 주³⁸²⁾에서는 “정당한 사유”, “이익형량”, “필요성” 등 예외가 특권 보호의 예측가능성을 파괴하며, 이로써 기탄없는 의사교환 장려의 전제가 소실되므로 허용될 수 없다는 입장을 취하고 있다. 반대로 10개 주에서는 “정당한 사유” 예외의 몇몇 변형된 형태가 수용되었다. 4개 주에서는 상황에 따라 적절한 경우에 특권의 예외가 인정될 수 있다고 하고 있으며, 6개 주에서는 주로 주주와 관련된 소송

377) Paul R. Rice, *Attorney-Client Privilege in the United States*(2020), § 8:1.

378) Timothy P. Glynn, “FEDERALIZING PRIVILEGE”, 52 *Am. U. L. Rev.* 59, 2002, 120.

379) 26개의 주(Alaska, Arkansas, Colorado, Georgia, Hawaii, Iowa, Idaho, Indiana, Kansas, Louisiana, Maine, Michigan, Minnesota, Mississippi, Nebraska, New Mexico, Nevada, North Carolina, North Dakota, Oklahoma, Oregon, South Carolina, South Dakota, Utah, Vermont, and Washington) 법원에서 아직 이 문제에 대해서 직접 다루지 않았다고 한다. Rice et al., *Attorney-Client Privilege: State Law*, §§ 2:5, 2:6 8:1, available on Westlaw only, at database ID ACP-STATE.

380) Paul R. Rice, *Attorney-Client Privilege in the United States*(2020), § 8:1.

381) Timothy P. Glynn, “FEDERALIZING PRIVILEGE”, 52 *Am. U. L. Rev.* 59, 2002, 120.

382) Arizona, Illinois, Kentucky, Maryland, Massachusetts, Montana, North Carolina, Ohio, Rhode Island, Tennessee, Texas, Virginia, Wisconsin, West Virginia, and Wyoming.

에서 사내 법률상담에 대하여 특권을 뚫고자 수용되었다. 몇몇 사안은 형사사건에서 헌법상 피고인의 권리인 대면권 보장과 관련하여 피고인의 변호를 위해 증거를 제시해야 할 필요성이 입증된 경우에 관련되어 있다.³⁸³⁾

펜실베이니아에서 이 “이익 형량” 예외를 인정한 대표적 사례로서 *Cohen v. Jenkintown Cab Company* 사건 판결³⁸⁴⁾을 들 수 있다. 이 판결은 이후의 사례에서도 승인되고 있다. 이 사건에서 법원은 오래 전 판례인 *Hamilton v. Neel* 판결³⁸⁵⁾으로부터 이익 형량 예외 인정에 대한 정당성을 구하였다. *Hamilton* 판결은 계류 중인 소송의 당사자가 아닌 사람은 자신의 권리가 해당 소송의 결과에 영향을 받을 수 없기 때문에 특권을 주장할 수 없다고 판시한 것이었는데, 법원은 이 *Hamilton v. Neel* 판결을 법원이 기밀의 공개가 의뢰인의 권리나 이익에 영향을 미치지 않는다고 판단(결정)하는 경우 예는 그 공개가 강제될 수 있음을 의미하는 것으로 광범위하게 해석하였다.

(3) 요건 및 판단기준

변호사-의뢰인 특권 행사에 대하여 상대방이 이익형량 예외를 주장하여 주장을 배척하려면, 먼저 특권에 대한 주장을 유지하는 것이 정의의 이익을 훼손한다는 것을 입증하여야 하며, 다음으로 특권을 주장하는 사람의 이익이 공개로 인해 부정적인 영향을 받지 않는다는 것을 입증하여야 한다.³⁸⁶⁾ 기타 사례로서 의뢰인의 이익이 침해될 여지가 없는 때에 특권이 부정될 수 있다고 실시한 판결도 있다.³⁸⁷⁾

상기한 판결들에서, 법원은 이러한 예외적인 경우에 의뢰인의 이익이 공개에 의해 영향을 받을 수 있는가 여부를 결정함에 있어서 대체로 다음과 같은 5가지 요소를

383) *Rice et al., Attorney-Client Privilege: State Law*, §§ 2:5, 8:1, available on Westlaw only, database ID ACP-STATE.

384) *Cohen v. Jenkintown Cab Co.*, 238 Pa. Super. 456, 357 A.2d 689, 692 (1976).

385) *Hamilton v. Neel*, 7 Watts 517, 1838 WL 3311 (Pa. 1838).

386) *Okum v. Com., Unemployment Compensation Bd. of Review*, 77 Pa. Commw. 386, 465 A.2d 1324, 1325 (1983) (“[T]he privilege is not applied where disclosure of the evidence would not be inimical to the interest of the client.”).

387) *Com. v. Scott*, 503 Pa. 624, 470 A.2d 91, 94 (1983) (“Only in the limited situation when the client’s rights or interest cannot be possibly affected adversely, can his attorney waive it.”); *In Re County Investigating Grand Jury*, 3 Phila. Co. Rptr. 613, 1980 WL 194171 (Pa. C.P. 1980).

고려하고 있다. ① 특권의 상대방이 기밀공개를 요구하는 시점에 의뢰인의 생존 여부 ② 의뢰인이 공개로 인해 민·형사상 책임을 부담하게 될 수 있는가 여부 ③ 의뢰인의 “기억을 흐리게” 할 수 있는 “추문 또는 경솔한 문제”가 내용에 포함되어 있는가 여부 ④ 커뮤니케이션이 이미 일반에게 공개되었는가 여부 ⑤ 변호사와 의뢰인 간 허심탄회함을 유지할 필요성에 대비하여 공개의 필요성이 그것이다.

연방대법원의 Swidler & Berlin 사건은 고인이 된 의뢰인이 생전에 변호사와 상담에서 자인한 범죄 행위에 대해 무고한 개인이 기소되어 상담한 내용의 증거사용이 부득이 요청되는 것 같은 상황을 다루지는 않았다. 그러나 상황에 따라서는 특권으로 인하여 불공정한 결과가 초래되는 때에 법원이 특권을 우회하는 것처럼 보이는 경우가 빈번하며, 이른바 ‘정당한 사유(good cause)’를 이유로 한 특권의 예외를 인정하는 것으로 보이기도 한다. 특권의 절대적 보장을 강조하여 예외인정에 소극적 태도를 견지하는 입장에서도, 이러한 판례의 경향이 “정당한 사유” 예외를 법원이 인정하기 시작하는 것으로 평가될 가능성을 열어두고 있다. 특히 이어서 볼 ‘형사사건에서 반대신문권 보장을 위한 예외’는 그 특수한 유형으로서 판례가 축적되어 가고 있다.

나. 형사사건에서 반대신문권 보장을 위한 예외

(1) 서설

형사 사건에서 “정당한 사유(good cause)”의 예외는 피고인이 자신에 대한 증인과 대면하여 변호사-의뢰인 특권으로 보호되는 의사교환에 관한 내용을 반대신문할 권리가 논의되는 유형을 중심으로 진화하고 있다.³⁸⁸⁾ 연방 수정헌법 제6조는 변호인의 조력을 받을 권리 외에 형사피고인이 “그에게 불리한 증인과 대면할” 권리를 보장한다.

형사사건에서 공범이나 기소되지 않은 진범 또는 그들의 변호사가 소추 측 증인인 때에 이들에 대한 피고인의 반대신문에서 증인이 피고인의 질문이 변호사-의뢰인 특권을 침해한다는 이유로 답변을 거부한 경우에, 특권 인정이 수정헌법 제6조에 따른 피고인의 대면권을 침해하는가가 논의된다. 이는 주로 공범 간 이해관계가 상충하여 상호 범행을 전가하는 상황, 또는 피고인이 억울하게 누명을 쓴 상황 등에서 공범들이나

388) Paul R. Rice, Attorney-Client Privilege in the United States(2020), § 8:1; § 10:7.

진범이 각 변호사와 상담 시에 한 진술이 그들의 범행을 입증하거나 법정 진술과의 불일치를 드러낼 수 있는 경우에 관련될 수 있다.

(2) 특권과 대면권 간의 긴장관계

변호사-의뢰인 특권의 보호대상은 양자 간 의사교환 자체이기 때문에, 피고인이 검찰 측 증인에 대한 반대신문을 통해 입수할 수 없는 유일한 정보는 결국 “변호사에게 무엇이라고 말했습니까?”라는 질문에 대한 답변이다. 증인이 알고 있는 내용이 단순히 이전에 변호사에게 상담하는 과정에서 전달되었다는 이유만으로는 그 내용의 실질까지 특권으로 보호되지 않기에, 관념적으로는 특권 주장과 관계없이 피고인에게 다른 방법을 통한 증거 획득 가능성은 여전히 남아 있다.

하지만 현실에서는 검사 측 증인과 그 변호사 간의 의사교환이 그 증인이 진실을 말한 유일한 맥락일 수 있기 때문에, 증인이 특권을 행사하여 인정되면 피고인이 반대신문에 대한 정확한 답변을 어디에서도 얻지 못하게 될 수 있다. 예컨대 증인이 공판정 증언과 불일치하는 사항을 그 변호사에게 진술했을 경우에, 증인의 특권 행사는 검찰 측 증인의 신빙성에 대한 탄핵 등을 통해 피고인이 방어권을 행사하고 배심원이 증명력을 평가함에 있어 실질적 장애가 될 수 있다.

(3) 판례의 태도

수정헌법 제6조에 따른 대면권의 보호영역은 반드시 명확하지 않다. 이는 연방 대법원 판례가 그 보호 내용을 적극적으로 실시하기보다 주로 동 조에 의해 보장되지 않는 사항을 식별하는 형태를 취하기 때문이다.³⁸⁹⁾ 다만 연방 항소법원 판결들은 이러한 보호범위의 불명확성에 불구하고 정부 측 증인에 의한 변호사-의뢰인 특권 행사에 의하여 수정헌법 제6조가 형사피고인에게 보장하는, 불리한 증인과 대면하고 반대신문

389) 예컨대 *United States v. Inadi* 사건에서 연방대법원은 대면권 조항이 형사피고인에 불리한 모든 증인이 재판에서 증언하도록 공판정에 소환될 것 또는 그들의 출석을 보장하기 위해 정부가 합리적인 노력을 기울일 것을 보장하지 않는다고 하였다. 최상으로 완벽한(가장 완전한) 대면과 반대신문을 방해하는 변호사-의뢰인 특권의 주장으로서 피고인의 질문에 응수하지 않을 것이라는 점을 보장하지 않는다. 또한 대면권은 증언한 증인이 기억력의 결여가 없을 것이라는 점을 보장하지 않는다. 심지어 증인이 출석하여 증언하는 경우에도, 법원은 증인의 강제적인 필요가 그것을 정당화 할 경우 피고인의 “시선 대 시선”에 의한 대면이 박탈될 수 있다고 판시한다.

할 권리가 침해될 수 있음을 인정하고 있다.³⁹⁰⁾

연방 제8 항소법원은 검사 측 증인의 변호사-의뢰인 특권 주장으로 인하여 피고인의 대면권 침해가 인정되려면, 피고인이 신청한 “반대신문이 허용되었을 경우라면 합리적인 배심원이 검사 측 증인의 신빙성에 대하여 뚜렷하게 다른 인상을 받을 수 있었”음이 입증되어야 한다고 판시한바 있다.³⁹¹⁾ 한편 이 기준, 즉 “뚜렷하게 다른 인상”의 초점은 전체 재판의 결과가 아닌(not on the outcome of the entire trial) 특정 증인(relating to the reliability of the witness)이라고 한다.³⁹²⁾

또한 연방 제7 항소법원은 *United States ex rel. Blackwell v. Franzen* 판결³⁹³⁾에서, 법원은 사실심 법관이 피고인의 대면권 문제를 해결함에 있어서 증거의 필요성과 특권 보호의 중요성이라는 두 요청에 대하여 형량할 것이 요구된다는 취지로 판시하였다. 동 법원이 판시한 내용의 일부를 소개하면 아래와 같다.

“각 사건에서 문제는 결국 피고인이 소추 측 증인을 직접 반대신문 할 수 없었다는 점이 증언의 진실성에 대한 검증 기회를 박탈하여 실질적 손해의 위험을 초래했는가 여부이다. 그 질문에 답하려면 법원이 기록 전체의 취지 및 증인의 법정증언 탄핵을 위해 피고인에게 열려 있는 대안적 수단을 살펴봐야 한다. ... 법원은 특권에 의한 보호가 주장되는 의사교환에 대해 입증되는 그 가치가 상기한 것과 같아서 피고인의 효과적인 반대신문에 대한 권리가 실질적으로 감소되었는가 여부를 궁극적으로 결정해야 한다.”

한편 일부 주 법원 판결은 증인이 반대신문에서 변호사-의뢰인 특권을 주장하는 때에 피고인의 대면권 보장과 관련하여, 그 증인의 신빙성에 관해 배심원에 의하여 합

390) *U.S. v. Rainone*, 32 F.3d 1203, 1206 (7th Cir. 1994); *U. S. ex rel. Blackwell v. Franzen*, 688 F.2d 496, 501, 11 Fed. R. Evid. Serv. 771 (7th Cir. 1982); *Murdoch v. Castro*, 489 F.3d 1063, 1066 (9th Cir. 2007), on reh'g en banc, 609 F.3d 983 (9th Cir. 2010), cert. denied, 131 S. Ct. 2442, 179 L. Ed. 2d 1208 (2011); *U.S. v. W.R. Grace*, 439 F. Supp. 2d 1125, 1142 (D. Mont. 2006)(the “nature and content of the privileged evidence must be weighed against the purposes served by the attorney-client privilege to determine whether any of the documents are of such value as to require [the witness's] rights under the attorney-client privilege to yield to the individual Defendant's Sixth Amendment right to present evidence.”).

391) *U.S. v. Fox*, 396 F.3d 1018, 1023, 66 Fed. R. Evid. Serv. 396 (8th Cir. 2005); *U.S. v. Morton*, 412 F.3d 901 (8th Cir. 2005).

392) Paul R. Rice, *Attorney-Client Privilege in the United States*(2020), § 10:7.

393) *U. S. ex rel. Blackwell v. Franzen*, 688 F.2d 496, 11 Fed. R. Evid. Serv. 771 (7th Cir. 1982).

리적 추론이 도출될 수 있도록 그 증인이 배심원 앞에서 특권을 주장할 것을 요구하기도 한다.³⁹⁴⁾ 이러한 조치는 특권을 유지할 수 있게 하므로 그 특권을 지탱하는 기본 정책을 훼손하지 않고도 배심원들에게 피고인에 대한 고발내용에 의문을 제기할 근거를 제공할 수 있으며, 피고인이 가혹한 형벌에 노출되어 있는 형사사건에서 피고인의 반대신문권 제한을 최소화할 수 있다는 평가가 있다.³⁹⁵⁾

다. 이익형량의 예외

(1) 의의

코네티컷, 뉴욕 및 뉴저지 등 일부 관할권의 법원은 특권이 주장되는 시점에 이익형량을 행할 권한을 명시적으로 유보하여,³⁹⁶⁾ 일부 상황들에서는 특정 소송에서 특권의 대상인 자료가 필요하다거나 기타 정책상의 이익에 기초하여 특권으로 보호되는 자료들의 공개를 허용하여 왔다.

(2) 판례의 태도

예컨대, *Sackman v. Liggett Group, Inc.* 판결³⁹⁷⁾에서는 뉴욕 주법 하에서 변호사-의뢰인 특권이 절대적인 것이 아님을 승인하고, 공중 보건 보호에 있어서 “강력한 공공정책상 이익” 때문에 특권 보호대상 자료의 부분적 공개를 명하였다. 다음으로 *Leonen v. Johns-Manville* 판결³⁹⁸⁾에서는 뉴저지 주법 하에서 특권의 예외를 주장하는 당사자는, 특권이 주장된 의사교환의 계쟁사건 관련성과 중요성 및 의사교환을 획득할 정당한 필요성, 그리고 특권으로 보호되는 의사교환의 내용을 다른 수단들을 통해 이용할 수 없음을 보여야 한다고 설시하였다.³⁹⁹⁾

한편 *Cloutier v. Liberty Mut. Ins. Co.* 판결⁴⁰⁰⁾에서는, 범죄 맥락에서 이익

394) *Com. v. Sims*, 513 Pa. 366, 521 A.2d 391, 395 (1987).

395) Paul R. Rice, *Attorney-Client Privilege in the United States*(2020), § 10:7.

396) Timothy P. Glynn, “FEDERALIZING PRIVILEGE”, 52 *Am. U. L. Rev.* 59, 2002, 121.

397) *Sackman v. Liggett Group, Inc.*, 920 F. Supp. 357, 365 (E.D.N.Y. 1996).

398) *Leonen v. Johns-Manville*, 135 F.R.D. 94, 100 (D.N.J. 1990)(*In re Kozlov*, 398 A.2d 882, 887(NJ 1979) 인용).

399) (*In re Kozlov*, 398 A.2d 882, 887(NJ 1979).

400) *Cloutier v. Liberty Mut. Ins. Co.*, No. CV 900278184S, 1998 Conn. Super. LEXIS 593 at *5-6 (Conn. Super. Ct. Mar. 6, 1998).

형량의 예외를 허용한 코네티컷 주 법원 선례를 논의하고, 이 접근방식을 보험사에 대한 사기청구에 확장 적용하였다. 또한 *McGranahan v. Dahar* 판결⁴⁰¹⁾은 변호사-의뢰인 특권은 정보에 대한 강력한 필요가 있는 경우 절대적인 것이 아님을 긍정하였고, *Henderson v. State* 판결⁴⁰²⁾은 제3자가 계속 중이거나 또는 미래 발생할 수 있는, 심각한 신체 상해 또는 사망의 결과를 초래할 수 있는 범죄의 발생 가능성을 합리적으로 보임으로써 특권 정보의 공개를 강제할 수 있다고 판시하였다.

일부 주에서는 심각한 부상이나 사망을 초래할 수 있는 미래의 범죄를 예방하기 위해 변호사가 특정 상황에서 의뢰인의 기밀을 공개하도록 허용하거나 요구하기도 한다.

4. 신인관계의 예외(fiduciary exception)

가. 의의

이 예외는 45년 전 *Garner v. Wolfinbarger* 사건⁴⁰³⁾에서 연방 제5 항소법원이 제시하여 신인관계가 문제되는 특수한 영역, 특히 회사와 회사의 고문변호사, 그리고 회사의 주주 사이에서 논의되어 온 것으로, 상술한 “정당한 사유(good cause)”의 예외의 일종으로 거론되는 것이기도 하다. *Garner* 판결은 주주가 “정당한 사유(good cause)”를 제시한 경우에 회사 측과 그 (고문) 변호사 간에 행한 기밀 의사교환에 대하여 변호사-의뢰인 특권을 배제하는 예외를 인정하였는바, 예외인정을 위한 정당한 사유 판단을 위하여 소위 ‘Garner 테스트’를 제시하였다.

이는 특히 주주대표소송의 국면에서 자주 활용된다. 일부 법원은 *Garner* 판결이 제시한 이 예외를 채택하지 않는 곳도 있으나, 뉴욕 주 항소 법원은 이를 명시적으로 채택하고 있고 최근에도 이를 채택한 판결을 내어놓고 있다.

나. 인정사례

뉴욕 주 항소법원에서 신인관계의 예외가 문제된 최근의 대표적 사건으로 NAMA

401) *McGranahan v. Dahar*, 408 A.2d 121, 125-39 (N.H. 1979)(동 사건의 사안에서는 그러한 강력한 필요가 없다고 하였다).

402) *Henderson v. State*, 962 SW2d 544, 555-57 (Tex. Crim. App. 1997).

403) *Garner v. Wolfinbarger*, 430 F.2d 1093 (5th Cir. 1970).

Holdings, LLC v. Greenberg Traurig LLP 사건⁴⁰⁴)이 있다. 이 판결은 변호사-의뢰인 특권에 대한 신인관계의 예외를 확인하고, 이에 대해 ‘Garner 테스트’를 명시적으로 채택하고 있다.

NAMA Holdings 사건은 보험 전문회사인 A사, A사 이사, A의 기업 고문변호사인 G 및 A사의 주주인 NAMA Holdings(이하 ‘NAMA’)등이 관여된 디스커버리 관련 분쟁에 관한 것이다. 이 사건 디스커버리 과정에서 A의 기업 고문변호사 G는 A사 이사와 한 의사교환이 변호사-의뢰인 특권으로 보호된다는 이유로 NAMA가 요구한 약 3,000페이지에 이르는 문서 공개를 거부하였다. 이에 대하여 NAMA는 변호사-의뢰인 특권에 대한 신인관계 예외에 따라 위 문서를 공개할 의무가 있다고 주장하였다.

1심 법원은 NAMA의 신청을 인용하고 G에게 3,000페이지 분량의 모든 문서를 제출하도록 결정하였다. 이에 G는 뉴욕주 항소법원에 불복을 제기하였다.

뉴욕 주 항소법원은 항고심에서 Garner 판결이 제시한 신인관계의 예외를 확인하면서, 이 사건서 NAMA가 Garner 판결에 따라 동 예외를 인정받을 정당한 이유에 관한 기준을 충족하였는가 여부에 대한 각 의사교환에 대한 종합적 분석이 결여되었음을 이유로, 그 분석을 위하여 원심 결정을 취소하고 사건을 원심에 환송하였다.

뉴욕 주 항소법원은 “Garner 테스트는 특권에 대한 존중과 공개의 필요성 간에 적절한 균형을 유지한다.”라고 판시하면서, Garner 판결이 제시한 “정당한 사유(good cause)”의 9가지 요소를 살펴볼 것을 주문하였다.

그 9개 요소는 ① 주주의 수와 그들이 대표하는 주식 비율, ② 주주의 선의, ③ 주주 주장의 성격과 그것이 “납득하기 쉽게 그럴듯한” 것인가 여부, ④ 주주가 그 정보를 획득할 명백한 필요성 및 다른 출처로부터 정보를 입수할 수 있는 가능성, ⑤ 주주의 주장이 회사의 부당한 행위인 경우 그러한 행위가 범죄인가, 불법이지만 범죄가 아닌가, 또는 “합법성이 의심스러운 것”인가 여부, ⑥ 과거 또는 미래의 소송과 관련된 의사교환인가 여부, ⑦ 의사교환이 소송 자체에 관한 조언과 관련된 것인가 여부, ⑧ 개

404) NAMA Holdings, LLC v. Greenberg Traurig LLP, 601054/08, 2015 N.Y. App. Div. LEXIS 7289 (N.Y. Sup. Oct. 8, 2015).

시 대상인 의사교환이 구체적으로 특정되는 정도 및 개시 주장이 주장 자체로 이유 없는 정도, ⑨ 기업이 별도의 이유로 기밀을 유지하여야 하는 영업 비밀 또는 기타 정보가 노출될 위험이 있는가 여부이다.

상기 9개 요소는 주주가 그 기초사실을 입증하여야 하며, 그 결과 기업과 변호사 간 의사교환의 공개를 구하는 주주에게 정당한 사유가 있는 것으로 판단되면 이 예외에 의하여 기업의 변호사-의뢰인 특권을 배제하고 이에 대한 공개를 강제할 수 있다.

5. 상속재산 분쟁의 예외

유언 또는 법정상속과 관련된 분쟁이나 사망자가 당사자였던 거래와 관련하여 상속인들에 의하여 발생하는 분쟁에서, 의뢰인의 사망과 이해관계를 갖는 당사자들 사이에서 제기된 쟁점에 관하여는 변호사-의뢰인 특권의 예외가 인정된다. 이는 변호사-의뢰인 특권의 절대적 보호, 또는 의뢰인의 사망 이후 보호의 존속, 그리고 의뢰인으로부터 수권 받은 대리인만이 권리 포기를 할 수 있다는 일반 규칙에 대한 예외이다.

이러한 예외로 인하여 이 경우 사망자(즉, 의뢰인)의 변호사는 법정에서 그에 해당하는 부분에 관하여 증언이 요구될 수 있다. 이러한 예외는 사망자가 생전에 의도한 바를 원활하게 수행하기 위해서 변호사와 한 의사교환이 완전히 공개되는 것을 원했을 가능성이 있다는 점, 그리고 증언이 요구되는 변호사는 사망한 의뢰인이 의도한 내용을 잘 알고 있음은 물론 개인적인 이익에 의해 그것이 오염될 우려가 없어 사건의 공정한 해결을 도모할 수 있기 때문에 특권의 적용을 벗어나서 이를 공개하는 것이 보다 적절하다는 점에 근거한다. 이러한 예외는 사망한 의뢰인 재산의 개인적 대표자가 특권 포기를 거부하는 경우에도 적용된다.⁴⁰⁵⁾

6. 자기 보호의 예외

변호사와 의뢰인 간에 보수나 보상에 관한 분쟁이 발생하여 이를 해결하기 위한 절차, 또는 변호사가 의뢰인을 대리하는 과정에서 변호사, 변호사의 동료 및 대리

405) Paul R. Rice, Attorney-Client Privilege in the United States(2020), § 8:27.

인의 고의, 과실로 인하여 손해를 입은 의뢰인이 변호사를 상대로 제기한 소송의 경우에는, 변호사가 자신을 보호하기 위해 적절하고 합리적으로 필요한 의뢰인과의 의사교환에 대해 변호사-의뢰인 특권의 예외가 인정된다(이른바 Lawyer Self-defence Exception).

이처럼 자기 방어 목적으로 기밀 의사교환의 내용을 공개하는 것은 비밀유지의무의 예외이기도 하다. 변호사는 수입료 등의 수령 및 자기방어에 합리적으로 관련된 적절한 범위 내에서만 의사교환을 공개하거나 그에 관한 증거를 제출할 수 있다. 관련성 여부가 의심스럽거나 단지 증거 수집에 불과한 경우라면 이 예외는 적용되지 않는다.

IX. 변호사-의뢰인 특권의 포기

1. 포기의 합의, 특권보호의 부인, 이의제기 부존재

특권의 효력이 의뢰인의 사후에도 존속한다는 설명에 의할 때 특권의 포기는 특권을 합법적으로 소멸시키는 가장 대표적인 방법이다.⁴⁰⁶⁾ 변호사와 의뢰인이 법률상담 목적으로 의사교환 할 당시에는 그들 모두 특권을 포기할 의사가 없음이 통상일 것이나, 특권은 의뢰인의 이익을 보호하기 위한 것이기에 의뢰인, 변호사, 권한있는 대리인이 특권을 포기하는 데 동의하면 특권이 포기되어 소멸한다.⁴⁰⁷⁾

한편 변호사는 의뢰인의 비밀을 유지할 의무가 있는데, 의뢰인의 동의를 받아 의뢰인의 비밀정보를 사용하거나 이를 공개할 수 있다. 그러나 이러한 동의에 따른 비밀공개나 사용은 의뢰인이 그것에 관해 변호사로부터 충분히 고지 받은 이후부터 효력이 있는 반면, 변호사-의뢰인 특권 포기에 관한 동의는 의뢰인이 특권의 적용 또는 그 포기에 따른 결과를 알지 못하더라도⁴⁰⁸⁾ 제3자와 법원의 이해관계 때문에 특권이 포기될 수 있다.

406) 이하 내용은 차진석, “변호사-의뢰인의 특권(Attorney-Client Privilege)을 침해한 증거의 형사소송법상 증거능력”, 재판자료 129집, 법원도서관(2015), 234 참조. 특권의 포기는 특권의 예외주장이 인정되지 않는 경우에 특권 주장을 뚫어내기 위한 가장 주요한 수단이며 이에 관하여 방대한 판례가 집적되어 있다. 여기에서는 이를 상세히 소개하기보다는 그 내용을 간략히 개관한다.

407) United States v. Krasnov, 143 F.Supp. 184, 190-91 (E.D.Pa. 1956).

변호사-의뢰인 특권은 의뢰인 등이 특권에 의한 보호를 부인하는 때에도 포기된다. 그러나 특권 포기의 의사표시가 있더라도 그것만으로 특권이 포기되지 않는다. 의뢰인, 변호사, 권한 있는 대리인은 그 의사표시를 철회할 수 있기 때문이다. 다만 상대방이 그 의사표시를 합리적으로 신뢰한 경우에는 의뢰인은 특권 포기 의사표시를 철회할 수 없으므로, 특권이 포기된 것으로 간주된다. 따라서 재판부는 특권 포기의 의사표시가 있다고 하더라도 그것이 포기되었다고 곧바로 판단하지 않고 이를 유보할 권한이 있다.

의뢰인, 변호사, 권한 있는 대리인이 소송절차에서 변호사-의뢰인 특권이 적용되는 의사교환에 관한 증거 제출 요구 내지 증인 신청에 대하여 적절한 이의제기를 하지 않는 경우에는,⁴⁰⁹⁾ 변호사-의뢰인 특권은 포기된다. 따라서 의뢰인 등은 특권으로 보호되는 의사교환의 공개에 대해 시기적절한 이의를 제기하는⁴¹⁰⁾ 등 특권을 유지하기 위해서 합리적인 노력을 기울여야 한다.

2. 자발적 공개(Voluntary Disclosure)

의뢰인, 변호사, 권한 있는 대리인이 특권으로 보호되는 의사교환을 특권으로 보호되지 않는 의사교환 과정에서 자발적으로 공개한 경우, 변호사-의뢰인 특권은 포기된다.⁴¹¹⁾ 이는 추후에 그 의사교환이 보호되어야 한다는 주장과 양립할 수 없기 때문이다. 책을 발행⁴¹²⁾하거나 특권으로 보호되는 서류, 메모를 제3자에게 보내는⁴¹³⁾ 등 공개의 형태는 다양하다.

변호사나 대리인이 비밀 의사교환을 공개하기 위해서는 그에 관한 명백한 권한이 있어야 하는바,⁴¹⁴⁾ 특별한 사정이 없는 한 변호사는 의뢰인을 대리하는 과정에서 이

408) *Schwimmer v. United States*, 232 F.2d 855, 863 (8th Cir.); *Tasby v. United States*, 504 F.2d 332, 336 (8th Cir. 1974).

409) *Duplan Corp. v. Deering Milliken, Inc.*, 397 F.Supp. 1146, 1163 (D.S.C. 1974).

410) *Steen v. First Nat'l Bank of Sarcoxie*, 298 F. 36, 41 (8th Cir. 1924).

411) 이하 내용은 차진석, “변호사-의뢰인의 특권(Attorney-Client Privilege)을 침해한 증거의 형사소송법상 증거능력”, 재판자료 129집, 법원도서관(2015), 236 참조.

412) *United States v. Jones*, 696 F.2d 1069, 1072-73 (4th Cir. 1982).

413) *In re Horowitz*, 482 F.2d 72 (2d Cir.), cert. denied, 414 U.S. 867, 94 S.Ct. 64, 38 L.Ed.2d 86 (1973); *Jonathan Corp. v. Prime Computer, Inc.*, 114 F.R.D. 693 (E.D.Va. 1987).

를 공개할 권한이 있는 것으로 본다.⁴¹⁵⁾ 그러한 권한의 수여는 묵시적으로 할 수도 있다.⁴¹⁶⁾ 의뢰인의 이익에 반하여 변호사가 권한 없이 공개한 경우에는 변호사-의뢰인 특권이 포기될 수 없다.⁴¹⁷⁾

의뢰인이 특권에 의해 보호되는 의사교환을 변호사-의뢰인 특권에 의해 보호되는 다른 의사교환 과정에서 공개한 경우, 또는 변호사가 비밀 의사교환이 기재된 서류를 배우자 의사교환 특권(Marital Communications Privilege)이 인정되는 의뢰인의 배우자에게 보여주는 경우와 같이, 비록 의사교환이 공개되는 경우라도, 그 공개 역시 특권에 의해 보호되는 경우라면 특권은 포기되지 않는다.⁴¹⁸⁾

특권대상자 아닌 제3자가 변호사-의뢰인 특권에 의해 보호되는 의사교환의 핵심을 알아야 특권이 포기된다. 단지 제3자가 의뢰인이 변호사와 의사교환을 했다는 사실을 알았다는 것⁴¹⁹⁾ 또는 특권에 의해 보호되지 않는 의사교환에 관한 공개 의사교환의 일반적인 주제에 관해서만 공개된 경우에는 특권이 포기되지 않는다.

특권이 포기되기 위한 공개는 자발적으로 이루어진 것이어야 한다. 다만 공개하는 사람이 특권이 포기된다는 사실을 알아야 하거나 특권을 포기하려는 구체적인 의도가 있어야 하는 것은 아니다.⁴²⁰⁾ 강제⁴²¹⁾ 또는 기망⁴²²⁾에 의한 공개에 의해서는 특권이 포기되지 않는다.

자발적인 공개라면 설령 그것이 부주의로 인하여 비의도적으로 공개된 것이라도 특권이 포기될 수 있다.⁴²³⁾ 한편 자발적인 공개 후에 단순한 심경의 변화가 있다는 사

414) *In re von Bulow*, 828 F.2d 94 (2d Cir. 1987).

415) *United States v. Miller*, 660 F.2d 563, 572 (5th Cir. 1981).

416) *United States v. Martin*, 773 F.2d 579, 583-84 (4th Cir. 1985); *Diversified Industries, Inc. v. Meredith*, 572 F.2d 596, 608 (8th Cir. 1977).

417) *Restatement* § 79.

418) *Uniform Rules of Evidence*, Rule 510.

419) *Mitchell v. Superior Court*, 691 P.2d 642, 647-48 (Cal. 1984).

420) *Weil v. Inv. Indicators Research & Management, Inc.*, 647 F.2d 18, 24 (9th Cir. 1981).

421) *Transamerica Computer Co. v. International Business Mach. Corp.*, 573 F.2d 646, 652 (9th Cir. 1978).

422) *State v. Schmidt*, 474 So.2d 899, 902-03 (Fla. Dist. Ct. App. 1985).

정만으로 이미 포기된 특권이 되살아나지 않으므로, 이것과 부주의한 공개의 구별은 중요하다. 왜냐하면, 비의도적 공개의 경우 의뢰인 또는 의사교환을 공개한 자가 비의도적인 공개가 발생하지 않도록 합리적 주의를 기울였고, 공개 이후에도 의사교환의 비밀적 성질을 유지하고 잘못을 회복하기 위한 합리적인 조치를 취했다면 특권이 포기되는 효력이 발생하지 않기 때문이다.⁴²⁴⁾ 무엇이 합리적이나는 의사교환 내용의 중요성(좀더 민감한 의사교환일수록 보호의 필요성이 크다), 의뢰인이 취한 사전 예방책과 공개가 이루어진 이후에 취한 추가적인 조치의 효율성, 외부적인 요건이 공개에 영향을 미쳤는지, 공개를 한 주체가 누구인지, 특권대상자가 아닌 자에게 공개된 정도 등 제반사정⁴²⁵⁾을 고려하여 판단한다.⁴²⁶⁾ 의뢰인은 의사교환이 공개된 것을 알았거나 합리적으로 알 수 있었다면 그 공개된 의사교환의 비밀적 성질을 회복하고 특권을 유지하기 위하여 그 즉시 합리적인 조치를 취해야만 한다.⁴²⁷⁾

공개로 인한 특권 포기의 효력은 절대적이기보다는 상대적 효력에 가깝다. 당사자들은 특권으로 보호되는 의사교환의 공개가 제3자와의 관계에서는 포기로 간주되지 않는다는 합의를 할 수 있다. 또 증거개시(discovery) 절차에서 특권에 의해 보호받는 서류가 부주의로 공개되었다고 하더라도, 의뢰인은 그것이 공개되지 않은 자와의 소송에서는 특권을 주장할 수 있다.

3. 변호사의 법적 조력에 대한 이익제기로 인한 포기

의뢰인이 변호사의 법적 조력에 결함이 있거나 비효율적이라는 등의 주장을 하면 그 주장과 관련된 의사교환에 관한 변호사-의뢰인 특권은 포기된다.⁴²⁸⁾ 이러한 경우 변호사와의 신뢰관계는 손상된 것이고, 변호사로서는 그러한 공격에 대비할 권리가

423) *Weil v. Inv. Indicators Research & Management, Inc.*, 647 F.2d 18, 24 (9th Cir. 1981); *In re Grand-Jury Proceedings*, 727 F.2d 1352, 1356 (4th Cir. 1984); *State v. Vennard*, 159 Conn. 385, 270 A.2d 837, 849 (1970).

424) 연방증거규칙(Federal Rule of Evidence) 제502(b).

425) *Transamerica Computer Co. v. International Business Mach. Corp.*, 573 F.2d 646, 652 (9th Cir. 1978).

426) *SEC v. Cassano*, 189 F.R.D. 83 (S.D.N.Y. 1999).

427) *Permian Corp. v. United States*, 665 F.2d 1214, 1219-20 & n.11 (D.C. Cir. 1981).

428) *Evans v. Raines*, 800 F.2d 884 (9th Cir. 1986), *United States v. Butler*, 167 F.Supp. 102 (E.D.Va. 1957); *Tasby v. United States*, 504 F.2d 332, 336 (8th Cir. 1974).

있기 때문이다.⁴²⁹⁾ 변호사가 소송의 당사자라면 앞서 본 변호사의 자기보호 예외 (Self-Defence Exception)에 해당할 수 있다.⁴³⁰⁾

4. 일부 포기의 문제

보호대상 의사교환 중 일부에 관해서만 포기가 있는 경우, 상대방은 포기된 부분과 관련이 있는 의사교환에 관해서도 추가적으로 공개를 요청할 수 있는가 문제 된다. 당사자가 여러 가지 의사교환 중 하나만 또는 광범위한 의사교환중 단지 일부분만 선택적으로 제공하고, 그로 인해 상대방이 사실관계 등을 오해할 수 있거나 공개된 부분의 의미나 전후 맥락이 왜곡되었는지를 확인할 합리적인 필요성이 있다면 관련성 있는 모든 의사교환에 관한 특권이 포기될 수 있다.⁴³¹⁾ 한편 이 경우 판례는 동일 주제에 관한 모든 의사교환에 관해서도 그 포기가 있는 것으로 본다.⁴³²⁾⁴³³⁾

429) *Pruitt v. Peyton*, 243 F.Supp. 907 (E.D.Va. 1965).

430) 차진석, “변호사-의뢰인의 특권(Attorney-Client Privilege)을 침해한 증거의 형사소송법상 증거능력”, 재판자료 129집, 법원도서관(2015), 238.

431) Restatement § 79; 차진석, “변호사-의뢰인의 특권(Attorney-Client Privilege)을 침해한 증거의 형사소송법상 증거능력”, 재판자료 129집, 법원도서관(2015), 238-239.

432) *In re Sealed Case*, 877 F.2d 976 (D.C. Cir. 1989); *In Re Sealed Case*, 676 F.2d 793, 809 (D.C. Cir. 1982).

433) 연방증거규칙(Federal Rule of Evidence) 제502(a) 참조.

제2절 영국의 법률전문가 특권



I. 서설

1. '법률 전문가 특권'의 인정

가. 의의

영국에서는 변호사-의뢰인 간 관계와 관련하여 논의되는 비밀 유지에 관하여, 이른바 법률 전문가 특권(legal professional privilege, LPP)이 인정되고 있다. 이는 그 하위개념인 법적 자문 특권(legal advice privilege) 및 소송 특권(litigation privilege)을 포괄하는 개념이다.⁴³⁴⁾

나. 특징

영국과 미국 양국은 같은 커먼로 계열 국가이고, 또한 미국법에서 인정되는 변호사-의뢰인 특권은 그 역사적 발전 과정의 기원이 곧 영국의 그것이기 때문에, 영국과 미국 양국의 특권 관련 법제 간에는 상호 유사성이 매우 높다. 앞서 미국의 특권에 대해서 상세하게 검토하였기 때문에 여기에서는 양국에서 특권 법제의 다른 점을 중심으로 간략히 검토하고자 한다.

2. 유형: 자문 특권 및 소송 특권

영국법에서 법률 전문가 특권(LPP)은 그 하위개념인 법적 자문 특권(legal advice privilege) 및 소송 특권(litigation privilege)을 포괄하는 개념이다. 전자가 미국의 변호사-의뢰인 특권(attorney-client privilege, ACP)에 유사한 특권임에 대하여 후자는 미국의 업무성과물 원칙(work-product doctrine)에 대응될 수 있는 성격을 갖는다.⁴³⁵⁾ 그러나 이는 개략적인 구분에 불과하며, 세부적인 부분에서는 상호 간에 적지

434) Chloe Carpenter, James Cutres, Patrick Goodall, Henry King, THE LAW OF PRIVILEGE(3rd edition), Oxford University Press(2018), 6-7.

435) Richard S. Pike, "The English Law of Legal Professional Privilege: A Guide for American

않은 다른 점이 보이기도 한다.

II. 규율의 관점 및 특징

1. 규율의 관점

가. '의사교환'의 보호

영국과 미국의 양국에서는 모두 변호사-의뢰인 간 법적 조력을 목적으로 한 의사교환은 이를 촉진함으로써 변호사가 의뢰인에게 제공하는 조력을 더 충실하게 할 수 있기 때문에, 이러한 의사교환을 고도로 보호하여 촉진, 장려의 대상으로 삼아야 한다는 관점에서 특권에 의한 보호를 인정하고 있다. 이러한 보호는 '변호사' 자체 보다는 변호사와 의뢰인 간에 행한 '의사교환'에 중점을 두는 경향이 있다.

나. 대륙법계와 비교

그러나 후술하듯 독일이나 프랑스 같은 대륙법계 국가들에서는 이에 상응한 보호를 이른바 '직무상 비밀'의 관점에서 접근하여, 변호사에게 기본적으로 이를 엄수할 '의무'를 부과하면서 그 이면으로 권리성을 인정하려는 입장에 가깝다. 그 결과 이러한 보호는 변호사 등 특정한 직업 자체가 갖는 특성에 중점을 두고 그 보호를 위한 규제 역시 '변호사'를 적용대상으로 하는 경향이 있다. 물론 이것이 절대적인 것은 아니다.

2. 영국 규율의 특징

가. '특권'으로서 권리성의 인정

영국에서 인정되는 이른바 법률 전문가 특권은 미국의 변호사-의뢰인 특권에 대응 가능한 권리이며, 변호사-의뢰인 간 의사교환의 기밀성은 특권으로서 고도로 보장된다. 이러한 특권은 기본적으로 증거법칙으로서 증거법 차원의 근거와 지위⁴³⁶⁾를 갖는 특권이

Attorneys”, 4 LYUCHIILR 51, 51-52.

436) Chloe Carpenter, James Cutres, Patrick Goodall, Henry King, THE LAW OF PRIVILEGE(3rd edition), Oxford University Press(2018), 3.

라는 점도 미국과 유사한 점이다. 소송 특권(litigation privilege)의 경우 미국에서 작업 산출물 원칙(work-product doctrine)이 변호사-의뢰인 특권과 구별되는 것과 달리, 영국에서는 소송 특권도 특권이며 더욱 강력한 보호를 제공하는 것으로 평가된다.⁴³⁷⁾

나. 당사자주의 소송구조

형사절차에서 경찰 등에 의한 강제적인 수사활동이 수행되는 것은 물론 민사에서도 당사자주의 소송구조 및 디스커버리 제도 등이 결합되어 증거제출 강제가 인정되는 법제에서, 법률 전문가 특권은 이러한 제출강제에 대한 항변으로 원용되어 기밀 의사교환의 제출을 면할 수 있는 수단이 된다. 특권으로 보호되는 의사교환은 경찰 등 수사기관 또는 법원이 변호사나 의뢰인에게 이를 공개하도록 강제할 수 없다.⁴³⁸⁾

다. 비밀유지의무에 관한 규율

한편 영국에서도 미국과 마찬가지로 변호사에게 비밀유지의무가 인정된다. 이러한 비밀유지의무는 각 직업분야에 인정되는 실무강령에 의하여 규율된다.⁴³⁹⁾ 그러나 비밀유지의무에 관한 의무는 특권에 관한 논의와 구분되는 별개의 논의로 진행되고 있다.⁴⁴⁰⁾

III. 특권의 주체, 요건 및 효력

1. 주체

가. 의뢰인

특권이 기본적으로 의뢰인의 특권으로 인정되는 것은 미국에서 변호사-의뢰인

437) Richard S. Pike, THE ENGLISH LAW OF LEGAL PROFESSIONAL PRIVILEGE: A GUIDE FOR AMERICAN ATTORNEYS, 4 LYUCHIILR 51, 89.

438) Chloe Carpenter, James Cutres, Patrick Goodall, Henry King, THE LAW OF PRIVILEGE(3rd edition), Oxford University Press(2018), 7.

439) 잉글랜드 및 웨일즈 변호사 업무 규범이 그러하다고 한다. Richard Stone, Veronica Lynn, "Confidentiality of Correspondence with Counsel as a Requirement of a Fair Trial in the United Kingdom", in: The right to counsel and the protection of attorney-client privilege in criminal proceedings, 364.

440) Chloe Carpenter, James Cutres, Patrick Goodall, Henry King, THE LAW OF PRIVILEGE(3rd edition), Oxford University Press(2018), 7.

특권에 관한 설명과 동일하다. 의뢰인의 권리이기 때문에 의뢰인은 대외적으로 주장할 수 있다.

법인의 경우 보호대상인 의사교환을 확정함에 있어서 의뢰인의 확정이 논의될 수 있다. 이른바 Three Rivers 5 사건⁴⁴¹⁾에서 그 판단기준이 제시된 바 있으나, 이 기준에 대해서는 학계로부터 비판적인 평가와 함께 다른 대안들도 제시되고 있다.

나. 변호사

의뢰인을 대리하는 변호사도 이를 주장할 수 있는 것은 물론이다. 한편 의사교환의 일방 당사자가 변호사일 것은 특권으로 보호받기 위한 요건이기도 하므로, 변호사에 포함되는 범위 확정이 논의된다.

영국의 변호사는 송무를 수행하는 송무변호사(barrister)와 그 외 자문 등 업무를 수행하는 자문변호사(solicitor)로 구분되는데, 이들 모두 특권에서 말하는 ‘변호사’에 포함될 수 있다. 사내변호사에 관하여는 사내변호사를 일반 변호사와 달리 취급하는 EU법이나 프랑스 등 법제와 달리, 법률 전문가 특권이 사내변호사에게도 적용된다.⁴⁴²⁾

2. 요건

가. 법적 자문 특권

법적 자문특권이 인정되기 위한 요건은 미국에서 특권의 요건과 유사하다. 기본적으로 i) 의뢰인-변호사 사이에 행한 ii) 비밀 의사교환으로서 iii) 법적 자문 또는 조력을 목적으로 하였을 것이 요구된다.⁴⁴³⁾

441) Three Rivers District Council and Others v Governor and Company of the Bank of England, [2003] QB 1556(CA); Chloe Carpenter, James Cutres, Patrick Goodall, Henry King, THE LAW OF PRIVILEGE(3rd edition), Oxford University Press(2018), 42.

442) Richard S. Pike, “The English Law of Legal Professional Privilege: A Guide for American Attorneys”, 4 LYUCHILLR 51, 68.

443) Chloe Carpenter, James Cutres, Patrick Goodall, Henry King, THE LAW OF PRIVILEGE(3rd edition), Oxford University Press(2018), 40.

이 중 법적 자문 또는 조력 목적에 대해서는 이른바 Three Rivers 6 사건⁴⁴⁴⁾ 이후 이를 비교적 넓게 인정하는 경향에 있다. 여기에서 ‘자문 또는 조력’을 받을 목적과, 그것이 ‘법적’인 자문 또는 조력이었을 것은 구분하여 판단될 수 있다. 법적 자문 특권은 구체적인 분쟁이 기대되거나 계속 중인 상황이 아닌 일상적인 상황에도 인정될 수 있다.

나. 소송 특권

소송특권으로 보호받기 위한 요건은 미국에서 인정되는 ‘작업 산출물 원칙(work-product doctrine)’의 요건과 유사하나, 그 보호 요건이 미국보다 더 확대되어 있는 것으로 평가된다.⁴⁴⁵⁾ 우선 보호대상에는 변호사와 의뢰인 사이에 행한 의사교환은 물론 그 외의 다양한 자료들이 포함되며, 변호사와 제3자 사이의 의사교환도 포함될 수 있다. 따라서 변호사가 제3자로부터 증언을 수집한 경우에 이를 의뢰인이 소송에 활용하기로 결정하여 공개되지 않는 한 그 수집된 증언은 이 특권으로 보호된다.⁴⁴⁶⁾ 물론 보호대상인 자료는 기밀성이 인정되는 것이어야 하며 공지의 사실 등은 제외된다.

가장 주요한 요건으로서 이러한 의사교환 그 밖의 자료 등의 수집, 생성은 현재 법적 분쟁(litigation)이 계속 중이거나 또는 향후 법적 분쟁이 발생할 것이 합리적으로 기대되는 상황에서 이에 대응할 목적으로 행한 것이어야 한다. 여기에서 특권이 인정될 수 있는 ‘분쟁’이 무엇인가에 대하여 논의가 전개되었다.⁴⁴⁷⁾ 나아가 이러한 목적은 이른바 ‘지배적인 목적 테스트(Dominant Purpose Test)’⁴⁴⁸⁾에 의해 판단되며 그러한 목적이 지배적인 목적일 것이 요구된다.

444) Three Rivers District Council v Governor and Company of the Bank of England [2004] QB 916 (CA); Chloe Carpenter, James Cutres, Patrick Goodall, Henry King, THE LAW OF PRIVILEGE(3rd edition), Oxford University Press(2018), 78.

445) Three Rivers District Council and Others v Governor and Company of the Bank of England (No 6), Court of Appeal, reversed on appeal, is reported at [2004] QB 916.

446) Richard S. Pike, “The English Law of Legal Professional Privilege: A Guide for American Attorneys”, 4 LYUCHILR 51, 89.

447) Chloe Carpenter, James Cutres, Patrick Goodall, Henry King, THE LAW OF PRIVILEGE(3rd edition), Oxford University Press(2018), 140.

448) Chloe Carpenter, James Cutres, Patrick Goodall, Henry King, THE LAW OF PRIVILEGE(3rd edition), Oxford University Press(2018), 147.

3. 효력

가. 절대적 보장

영국에서 특권은 절대적인 효력을 갖는 것으로 설명되며, 그 효력은 의뢰인의 사후에도 지속된다는 것이 판례이다. R v. Derby Magistrates' Court, ex parte B. 사건⁴⁴⁹⁾에서는 피고인과 그 의붓아들이 같은 피해자를 살인하였다는 혐의에 연루되었다. 의붓아들은 먼저 수사를 받았고 그 살인사건에 관하여 수사과정에서 자백하였으나 재판에서 무죄를 선고받았고, 이후 피고인에 대하여 진행된 살인 피고사건 재판에서 검찰에 피고인이 범인임을 증언하여 검찰 측의 핵심 증인이 되었다.

피고인의 변호인은 무죄입증을 위해 의붓아들이 그 변호인에게 진술한 사실을 증거로 제출하고자 법원에 상대방에 대하여 증거개시 명령을 할 것을 신청하면서, 의붓아들과 그 변호인 간 의사교환에 인정되는 특권에 대하여 이른바 형량 테스트(balancing test)를 통한 예외인정을 주장하면서, 의붓아들의 경우 이미 무죄를 선고받아 처벌위험이 없는 반면 계부인 피고인의 경우 무고한 사람이 가장 심각한 범죄로 유죄판결을 받을 수 있음을 주장하였다.

그러나 상원(The House of Lords)은 특권에 대하여 형량에 대한 관념을 부정하고, 의뢰인이 말한 내용이 기밀로 유지되어야 한다고 결론 내렸다.⁴⁵⁰⁾ 이 판결에 대해서는 반대도 있으나,⁴⁵¹⁾ 여전히 선례로서 효력이 인정되고 있다. 이는 영국의 법률 전문가가 특권을 유럽인권 협약에 의하여 보호되는 인권으로 보면서도 다른 합법적인 목적을 촉진하는 경우 특권에 대한 제한이 가능하다고 판시하고 있는 유럽인권법원 판결⁴⁵²⁾보다도 더욱 강하게 특권을 보호하는 것으로 평가된다.⁴⁵³⁾

449) R v. Derby Magistrates' Court, ex parte B, [1996] A.C. 487.

450) '일단 일반적인 규칙에 대한 예외가 허용되면 의뢰인의 신뢰가 필연적으로 상실된다'라고 실시되었다.

451) Richard S. Pike, "The English Law of Legal Professional Privilege: A Guide for American Attorneys", 4 LYUCHILR 51, 56.

452) ECHR, Foxley v. United Kingdom, 33274/96, 20 Jun 2000.

453) Richard S. Pike, "The English Law of Legal Professional Privilege: A Guide for American Attorneys", 4 LYUCHILR 51, 56.

나. 그 밖의 문제: 특권의 포기, 역추정 등

특권이 강하게 보장되는 결과 특권 소멸의 가장 주요한 사유는 특권의 포기이다. 이에 대해서도 다양한 논의가 존재하는 것은 미국과 유사하나, 특권의 포기를 매우 넓게 인정하여 이에 관한 극히 광범위한 판례가 집적되어 있는 미국에 비교할 때, 영국에서 포기의 인정범위는 그보다 협소한 것으로 평가된다.⁴⁵⁴⁾

한편 특권의 효력에 관한 그 밖의 문제로서, 미국과 마찬가지로 영국에서도 특권 행사를 이유로 행사자에게 불이익한 일정한 추정, 이른바 ‘역추정(adverse inferences)’을 할 수 있는가도 논의되며, 원칙적으로 그러한 역추정은 허용되지 않는 것으로 설명된다.⁴⁵⁵⁾⁴⁵⁶⁾

IV. 특권의 예외

1. 서설

영국에서 특권의 예외 사유로는 범죄/사기 예외(crime/fraud exception), 상대방에게 특권문서를 사용하거나 그 내용을 획득할 우선적 권리가 인정되는 경우, 문서내용을 기재한 메모 등이 유출되어 문서내용을 입증할 수 있는 2차 증거가 제공될 수 있는 경우,⁴⁵⁷⁾ 특정한 관계에 있는 경우, 실정법 규정에 의한 경우, 규제기관에 제출이 요구되는 경우를 들고 있다.

2. 범죄/사기 예외(crime/fraud exception)

가. 의의

R v Cox and Railton 사건⁴⁵⁸⁾을 필두로 인정되어 온 범죄/사기 예외(crime/f

454) Richard S. Pike, “The English Law of Legal Professional Privilege: A Guide for American Attorneys”, 4 LYUCHILR 51, 81.

455) Chloe Carpenter, James Cutres, Patrick Goodall, Henry King, THE LAW OF PRIVILEGE(3rd edition), Oxford University Press(2018), 18-19.

456) 미국에서 역추정 또는 불이익한 추정에 관한 논의는 전술 제3장 제1절 V. 다. 참조.

457) In Re Briamore Manufacturing Ltd (in liquidation).

raud exception)는 영국에서도 특권의 예외 중에서 가장 중요하고 널리 원용되는 예외이다. 이에 의하면 변호사와 그 의뢰인 사이의 의사교환 자체가 범죄 또는 사기의 일부이거나 범죄 또는 사기범행을 용이하게 하는 방법에 대한 법적 조력을 구한 경우에 특권의 보호대상에서 배제된다.⁴⁵⁹⁾ 이러한 경우 특권에 의하여 보호되는 이익이 정당한 이익이 아님을 이유로 하는 것도 미국과 유사하다.

나. 적용범위

의뢰인의 범죄행위에 변호사가 가담한 경우에는 물론 이 예외가 인정되나, 반드시 변호사에게 범죄혐의가 인정될 필요는 없고,⁴⁶⁰⁾ 의뢰인이 범죄 또는 사기 등을 목적으로 조력을 구한 경우에는 적용될 수 있다. 또한 범죄 또는 사기 등이 변호사가 단독으로 행한 것이고 의뢰인이 이와 무관한 때에는 의뢰인에 대해서는 그 영향이 없다.⁴⁶¹⁾ 수사기관인 경찰이 행하는 압수 또는 민사소송에서 증거개시에 대한 특권 항변에 대한 예외로서 빈번하게 활용된다.⁴⁶²⁾

이 예외는 형사상 범죄와 사기는 물론 민사상 사기⁴⁶³⁾에도 적용된다. 이 예외와 관련하여 영국에서도 많은 사례들이 축적되어 왔으나, 보다 최근에는 예외가 인정된 행위의 유형들 중에 범죄 또는 사기에 해당하지 않는 사례가 크게 증가하면서 이를 ‘불법 예외(iniquity exception)’라고 부르는 경향이 나타나고 있다.⁴⁶⁴⁾

한편 이 예외가 자문 특권 외에 소송 특권에 적용되는가에 대하여 과거에 논의가

458) R v Cox and Railton (1884) 14QBD 153, 176 (per Stephen J); Chloe Carpenter, James Cutres, Patrick Goodall, Henry King, THE LAW OF PRIVILEGE(3rd edition), Oxford University Press(2018), 187.

459) Chloe Carpenter, James Cutres, Patrick Goodall, Henry King, THE LAW OF PRIVILEGE(3rd edition), Oxford University Press(2018), 187.

460) Chloe Carpenter, James Cutres, Patrick Goodall, Henry King, THE LAW OF PRIVILEGE(3rd edition), Oxford University Press(2018), 189.

461) Chloe Carpenter, James Cutres, Patrick Goodall, Henry King, THE LAW OF PRIVILEGE(3rd edition), Oxford University Press(2018), 190.

462) Chloe Carpenter, James Cutres, Patrick Goodall, Henry King, THE LAW OF PRIVILEGE(3rd edition), Oxford University Press(2018), 190.

463) Kekewich J in Williams v Quebrada Railway, Land and Copper Company.

464) Chloe Carpenter, James Cutres, Patrick Goodall, Henry King, THE LAW OF PRIVILEGE(3rd edition), Oxford University Press(2018), 187.

있었으나, 판례⁴⁶⁵⁾는 이것이 소송 특권에 대해서 적용됨을 확인하고 있고 예외를 법률자문 특권으로만 제한할 정당한 이유도 없으므로, 법률전문가 특권 전체에 이 예외가 적용된다.⁴⁶⁶⁾

3. 특정한 관계에 있는 당사자 간의 예외

이 역시 비교적 빈번하게 활용되는 예외이다. 이는 특수한 관계에 있는 분쟁 당사자들 상호간에는 각 당사자가 그 변호사에게 한 의사교환에 특권을 주장할 수 없도록 하는 것이다. 특수한 관계에서 가장 주된 것은 공동 이익을 갖고 있는 관계로서, 신탁자와 수탁자 사이,⁴⁶⁷⁾ 회사와 이사,⁴⁶⁸⁾ 모회사와 완전자회사,⁴⁶⁹⁾ 회사와 주주⁴⁷⁰⁾ 사이에서는 특권의 예외가 인정된다. 앞서 본 미국에서도 유사한 맥락에서 신인관계(fiduciary duty)의 예외가 인정되는 것과 비교된다.

4. 실정법 규정에 의한 예외

실정법이 특권에 예외를 인정하는 경우 그 인정에는 의문이 없다. 그러나 특권의 예외를 인정하는 법률은 명확하여야 하며, 조항의 내용 상 단순히 그렇게 해석될 수 있는 정도에 그치는 경우에는 특권 예외를 인정하는 데에 엄격한 경향이 있다.⁴⁷¹⁾

2001년 형사사법 및 경찰법(Criminal Justice and Police Act 2001) 제50조와 별표 1은 특권으로 보호되는 문서에 대하여 예외 없이 광범위한 압수수색 권한을 규정한다.⁴⁷²⁾ 이는 1984년 경찰 및 형사증거법(PACE: Police and Criminal Evidence

465) Kuwait Airways Corporation v Iraqi Airways Company²¹, [2005] 1 WLR 2734 (CA).

466) Chloe Carpenter, James Cutres, Patrick Goodall, Henry King, THE LAW OF PRIVILEGE(3rd edition), Oxford University Press(2018), 190.

467) Talbot u Marshfield (1865) 2 Dr & Sm 549.

468) Sonic Tape pic's Patent [1987] RPC 251, 255-6.

469) Surface Technology pie v Young [2002] FSR 387.

470) Gourattd v The Edison Gower Bell Telephone Company of Europe Ltd (1888) 57 LJ Ch 498; Harley Street Capital Ltdv Tchigirinsky [2005] EWHC 1897 (Ch), [2006] BCC 209.

471) Chloe Carpenter, James Cutres, Patrick Goodall, Henry King, THE LAW OF PRIVILEGE(3rd edition), Oxford University Press(2018), 209.

472) Chloe Carpenter, James Cutres, Patrick Goodall, Henry King, THE LAW OF PRIVILEGE(3rd edition), Oxford University Press(2018), 209.

Act 1984) 제8조 및 제9조에 따른 압수수색 권한에서 동법 제10조(1)에 의하여 특권 문서에 예외가 인정되고 있는 것과 대조적이다. 또한 1994년 마약밀매법(Drug Trafficking Act) 1994 제50조 및 제51조, 1986년 파산법(Insolvency Act 1986) 제 291조(1)(b) 등에 특권을 배제하는 명문규정이 있다.⁴⁷³⁾

V. 특권 분쟁의 절차

1. 특권의 주장 및 상대방의 이익

가. 주장의 특정

특권 주장의 절차는 상황에 따라 다양할 수 있다.⁴⁷⁴⁾ 특권 주장이 있는 경우 그 대상 문서 또는 문서의 일부를 개별적으로 특정하여야 하며, 다만 실무상 일반적으로 일정한 범주를 정하여 그 범주 별로 특권이 주장되는 문서를 나열하는 형식도 사용된다.⁴⁷⁵⁾ 다만 미국의 ‘프리빌리지 로그(privilege log)’에서처럼 특권이 적용되는 모든 문서에 개별적으로 번호를 부여하여 명시하는 정도가 요구되지는 않는 것으로 보인다. 일부에서는 그 주장의 특정에 관하여 다음과 같은 가이드라인이 제시되고 있다.

- 특권이 적용되는 모든 문서에 개별적으로 번호를 부여하는 것은 일반적인 관행은 아니나 특정 상황에서는 이것이 적절할 수 있다.
- 문서의 성격을 명시하여야 하며, 문서의 범주의 경우 범주에 속하는 문서를 식별할 수 있도록 범주를 명확히 정의하여야 한다.
- 특권이 주장되는 문서와 근거는 명확하게 기술되어야 하며, 과도하게 광범위한 기술은 허용되지 않는다.⁴⁷⁶⁾

473) Chloe Carpenter, James Cutres, Patrick Goodall, Henry King, THE LAW OF PRIVILEGE(3rd edition), Oxford University Press(2018), 209.

474) 민사소송에서 당사자가 상대방이 신청한 증거 조사를 법률전문가 특권에 근거하여 거부하려는 경우에 절차에 관하여는 영국 민사소송법(CPR) 제31.19가 규정하고 있다. 이에 의할 때 문서 또는 그 일부에 대한 특권을 주장하려면 당사자는 그 주장 및 근거를 서면으로 명시하여 신청하여야 한다. Chloe Carpenter, James Cutres, Patrick Goodall, Henry King, THE LAW OF PRIVILEGE(3rd edition), Oxford University Press(2018), 219.

475) Chloe Carpenter, James Cutres, Patrick Goodall, Henry King, THE LAW OF PRIVILEGE(3rd edition), Oxford University Press(2018), 219.

나. 상대방의 이익

상대방은 특권 주장에 대하여 이익을 제기할 수 있고⁴⁷⁷⁾ 이러한 이익에 대해서 법원은 증거를 제출하도록 요구할 수 있다.

2. 특권의 입증

가. 입증의 방법

단순한 특권 주장만으로는 충분하지 않으며, 통상 진술서 또는 증인의 진술이 이를 뒷받침하는 증거로 제출된다. 이러한 증거는 문서가 작성된 목적을 비롯하여 문서에 대한 특권 주장을 입증할 수 있는 정도로 충분히 상세하여야 한다.⁴⁷⁸⁾ 특권의 요건인 ‘지배적인 목적’에 대한 입증이 선서 진술만으로 충분하지 않다고 본 사례도 있다.

나. 입증의 정도

특권을 뒷받침하는 증거가 되는 진술서 또는 증인의 진술은 특권 입증에 결정적이어야 하며, 다른 증거로부터 주요 사항의 부정확 또는 불완전성이 입증되거나 당사자의 진술 자체에서 문서의 성격을 오해한 사정 등이 나타나는 경우에는 입증되었다고 볼 수 없다. 물론 법원은 추가 진술서 등 입증자료 제출을 명할 수 있다.⁴⁷⁹⁾

3. 법원의 심리

가. 직권에 의한 조사 거부

특권 주장에 대한 심리에서 법원은 당사자의 주장에 더하여 필요한 사항을 조사할 수 있다. 이는 법원이 재량으로 결정하는 문제이다.⁴⁸⁰⁾ 그러나 법원은 공정한 처리

476) Chloe Carpenter, James Cutres, Patrick Goodall, Henry King, THE LAW OF PRIVILEGE(3rd edition), Oxford University Press(2018), 220.

477) 영국 민사소송법(CPR) 제31.19(5).

478) Chloe Carpenter, James Cutres, Patrick Goodall, Henry King, THE LAW OF PRIVILEGE(3rd edition), Oxford University Press(2018), 223.

479) Chloe Carpenter, James Cutres, Patrick Goodall, Henry King, THE LAW OF PRIVILEGE(3rd edition), Oxford University Press(2018), 223.

480) Chloe Carpenter, James Cutres, Patrick Goodall, Henry King, THE LAW OF PRIVILEGE(3rd edition), Oxford University Press(2018), 227.

등을 위해 필요함이 일견 명백한 경우를 제외하고는 직권에 의한 조사를 회피하는 경향이 있다고 한다.⁴⁸¹⁾

나. 외부 제3자에의 위탁

법원은 특권 주장 문서의 검토를 수행하는 독립적인 외부자(independent counsel)을 임명할 수 있다. 이러한 임명은 당사자들의 합의 또는 법원의 지정에 따르며 그 과정은 비교적 비공식적으로 진행될 수 있다.⁴⁸²⁾

VI. 형사절차에서 특권의 제한 및 침해의 효력

1. 변호사가 증인인 경우

변호사는 특권이 적용되는 문제에 대하여 증언하도록 강요받지 않는다. 다만 변호사가 범죄행위에 연루되어 있거나 의뢰인과 의사소통이 범죄목적 달성을 위한 의도인 경우에는 특권의 예외가 인정되어 증언할 의무가 있다.

2. 압수수색에 대한 규율

가. 1984년 경찰 및 형사증거법

1984년 경찰 및 형사증거법(Police and Criminal Evidence Act 1984: PACE)은 수색영장을 통하여 증거를 확보할 수 있는 경찰의 권한을 크게 확장하였다. 특권으로 보호되는 자료는 크게 세 가지 범주(법적 특권 자료, 개인기밀 자료, 특별 절차 자료)가 있다. 법률전문가 특권은 이 중 ‘법적 특권(legal privilege) 자료’에 포함될 수 있고, 이 범주는 법률전문가 특권에 의한 보호범위와 거의 일치한다.⁴⁸³⁾ 한편 나머지 두

481) 반면에 호주 법원은 직권조사에 적극적이라고 한다. Chloe Carpenter, James Cutres, Patrick Goodall, Henry King, THE LAW OF PRIVILEGE(3rd edition), Oxford University Press(2018), 227-228.

482) Chloe Carpenter, James Cutres, Patrick Goodall, Henry King, THE LAW OF PRIVILEGE(3rd edition), Oxford University Press(2018), 228.

483) 다만 문서 전달과 같은 간단한 거래 기록을 특권 대상 정보에서 제외한 사례가 있다. R v Manchester Crown Court, ex p Rogers [1999] 1 WLR 832.; Richard Stone, Veronica Lynn, “Confidentiality of Correspondence with Counsel as a Requirement of a Fair Trial in the United Kingdom”, in:

범주 중 ‘개인기밀 자료(Excluded Material)’ 범주에도 변호사가 작성한 일부 기록이 여기에 속하여 보호될 수 있다.

나. 보호의 정도

위 세 유형 중 법적 특권 자료가 가장 강력하게 보호된다. 개인기밀 자료와 특별 절차 자료에 대해서는 일반 수색영장에 의하여 수색될 수 없으나, 경찰의 신청에 따라 법원의 제출명령 등에 의한 예외가 인정될 수 있다. 이에 따라 특권 자료에 대한 압수는 경찰의 법원에 대한 제출명령 신청단계에서 통제를 받게 된다.

한편 이른바 확장된 압수수색 권한을 규정하고 있는 CIPA 2001 제50조 제2항은 법적으로 특권 대상인 자료도 압수할 수 있는 권한을 부여하고 있다.

3. 특권 침해의 효력

가. 필요적 위법수집증거배제법칙의 부재

영국의 경우 미국과 달리 수사과정에서 위법하게 수집된 증거능력을 배제하는 일반적 위법수집증거배제법칙이 확립되어 있지 않다. 증거능력을 인정하기 위한 주요한 요건은 관련성과 신뢰성이기 때문에, 이를 충족하는 경우 예는 고문 등과 같은 명백한 위법사항이 아닌 한 수사 과정상 위법을 이유로 반드시 증거능력이 배제되는 것은 아니다.⁴⁸⁴⁾

나. 법원의 재량적 증거배제

영국 법원은 증거의 인정이 피고인에게 “불공정(unfair)”할 경우 증거를 배제할 재량권이 있다. 관련하여 1984년 경찰 및 형사증거법(Police and Criminal Evidence Act 1984; PACE) 제78조는 증거가 획득된 상황을 포함하여 모든 상황을 고려할 때,

The right to counsel and the protection of attorney-client privilege in criminal proceedings, 376-377.

484) Richard Stone, Veronica Lynn, “Confidentiality of Correspondence with Counsel as a Requirement of a Fair Trial in the United Kingdom”, in: The right to counsel and the protection of attorney-client privilege in criminal proceedings, 389.

증거사용을 인정할 경우 절차의 공정성에 대하여 법원이 용인해서는 안 되는 불리한 영향을 끼칠 것이라고 판단되는 경우에 증거능력을 배제할 수 있는 권한을 부여한다.

법원은 위 제78조에 대하여 ‘중대하고 실질적인(significant and substantial)’ 위반이 있는 경우 증거능력 배제가 정당화된다고 판시하고 있다. 그러나 중대하고 실질적인 위반이 있더라도 증거능력이 자동으로 배제되지 않고, 여전히 증거능력을 인정하는 사례도 빈번하다.

다. 특권 침해의 경우

특권을 침해하여 수집된 증거 역시 앞서와 마찬가지로 당연히 증거능력이 배제되는 것은 아니다. 이 경우에 법원은 재량으로 증거능력을 배제할 수 있다. 법률 전문가 특권을 고의로 침해한 경우에는 법원은 ‘절차의 남용(abuse of process)’을 이유로 위반한 절차를 무효로 할 수 있다.⁴⁸⁵⁾

VII. 평가

영국과 미국에서 변호사-의뢰인 간 의사교환에 인정되는 특권에 대해서는 양국의 특권을 묶어서 함께 설명되기도 한다. 실제로도 영국의 법률전문가 특권 그 중에서도 특히 법적 조력 특권(legal advice privilege)은 미국의 변호사-의뢰인 특권에 비교될 수 있고, 당사자주의 소송구조를 전제로 증거개시 제도 하에 강제적 증거제출의무의 항변으로 원용되는 특권 법리의 기본적 작동구조, 규율체계는 물론 구체적인 특권의 요건, 효과, 쟁송절차 및 예외 등에 대해서도 유사한 부분이 많다.

그러나 법적 조력 특권(legal advice privilege)에 소송특권(litigation privilege)⁴⁸⁶⁾을 합하여 포괄적인 ‘법률전문가 특권’을 인정하고 있는 영국의 특권 법제는

485) Richard Stone, Veronica Lynn, “Confidentiality of Correspondence with Counsel as a Requirement of a Fair Trial in the United Kingdom”, in: The right to counsel and the protection of attorney-client privilege in criminal proceedings, 391.

486) 미국에서 업무 성과물 원칙은 특권이 아닌 원칙으로 논의된다. 전술 42 참조.

특권의 기본적 분류 측면에 더하여 세부적인 요건이나 효과에서 미국의 그것과 사뭇 다른 부분도 적지 않고, 보호 강도 면에서는 미국에 준하거나 더 강한 수준이라는 평가도 보인다.⁴⁸⁷⁾ 양국에서 특권에 관한 규율은 그 연혁적인 발전과정을 공유하면서도 세부적으로 서로 다른 내용의 법리를 발전시켰는바, 이는 국가 간의 구체적인 법제, 사회적 토양 등 다양한 제반 환경에 나타나는 상이한 요소에 따라 법리의 발전 양상이 서로 다른 방향으로 전개될 수 있음을 보여 준다.

487) Richard S. Pike, "The English Law of Legal Professional Privilege: A Guide for American Attorneys", 4 LYUCHILR 51, 81.

제3절 독일에서 변호사에 대한 직무상 비밀의 보장



I. 서설

1. 규율의 관점

가. 두 가지 관점

변호사와 의뢰인 간 의사교환의 비밀유지에 대해서는, 크게 이를 변호사 또는 의뢰인이 갖는 권리로서 접근하는 관점과,⁴⁸⁸⁾ 직업적인 신분에 기한 지위 측면을 중심으로 접근하는 관점이 있을 수 있다. 앞서 본 미국, 영국 등 커먼로 계열인 국가의 법제는 전자에, 후술할 프랑스, 독일 등 대륙법계 국가의 법제는 후자에 가깝다.

나. 보호대상의 중점

전자의 경우는 보호대상의 중점이 변호사-의뢰인 간의 의사교환이라는, ‘의사교환’이 갖는 성격에 놓이는 반면에, 후자는 보호대상의 중점이 직업적인 성격상 그러한 의사교환을 취급 또는 보관하고 있는 ‘변호사’ 등 직업인이 갖고 있는 지위의 성격에 기초하는 면이 있다. 예컨대 독일 형사소송법 제97조 제1항 및 제2항이 규정한 압수 규제가 변호사 등이 보관하는 목적물에 한정되는 것이 이러한 점을 드러낼 수 있다. 다만 이러한 구분이 절대적인 것은 아니며, 양자를 절충하는 형태의 규율도 빈번하다.

2. 규율의 특징 및 체계

가. 직무상 비밀보호

독일의 경우 기본적으로 변호사라는 직업적 신분에서 갖는 비밀유지의무를 강조하고 있어 대륙법계 법제의 형태를 취하고 있다고 할 수 있다. 비밀유지특권의 권리귀속 주체를 의뢰자 개인으로, 그 행사 주체를 직업적 신분을 갖는 변호사로 파악하는 관

488) 주요 각국에서 비밀유지를 위한 권리 차원의 논의와 직무윤리 차원의 논의는 병존하나 서로 구별됨이 보통이다. 미국에서도 특권과 별도로 변호사윤리 차원에서 비밀유지의무에 관한 문제가 논의되고 있다.

점을 통한 절충적인 설명이 시도되기도 한다.

나. 직권주의 소송구조

당사자주의 형사소송에 입각하여 항변사항으로서 특권이 발전한 미국과 달리, 독일 형사소송에서는 실체진실주의에 입각한 직권주의 이념이 강조되고 있다. 때문에 변호사-의뢰인 간 의사교환의 비밀유지에 관한 규율도 미국과는 다른 면이 있다. 특히 당사자 아닌 제3자에게 증인의무가 인정되기 때문에, 이와 관련하여 증언거부권(Zeugnisverweigerungsrechte)을 인정할 필요성이 있다. 이는 변호사-의뢰인 간 의사교환의 기밀을 보호함에 있어 특히 그러하며, 나아가 증언거부권을 우회한 압수 등의 기밀 수집을 규제하는 관점에서 변호사에 대한 압수 규제과 연결되고 있다.

이는 독일 민사절차에서 관한 비밀유지권 논의가 형사의 그것에 비하여 크게 논의되지 않은 것과 연관될 수 있다. 민사소송에서는 사실과 증거의 제출이 당사자의 임의에 맡겨 있고, 디스커버리로 대표되는 광범위한 증거개시제도가 채택된 법제에서 볼 수 있는 기일 전 증거 제출이 강제되는 단계도 없어 당사자에게 자료 공개의무가 인정되는 경우는 제한되기 때문에, 방어수단으로 비밀유지권을 발전시킬 상황의 빈도나 필요성 등이 상대적으로 낮았던 면이 있다.⁴⁸⁹⁾

다. 규율 체계

규율의 체계를 살펴보면, 직무상 비밀유지의 일반적 근거규정이라고 할 수 있는 연방변호사법 및 독일 기본법의 규정이 있고, 그 외 개별법에서 직무상 비밀 보호를 위한 규정을 두고 있다. 아래에서는 먼저 변호사에게 인정되는 직무상 비밀 보호 및 그 유지의무의 일반적인 근거를 살핀 후, 형사법령을 중심으로 개별법의 규율을 검토하기로 한다.

489) 민사절차에서 비밀유지가 논의되는 국면은 독일 민사소송법(ZPO: Zivilprozessordnung)상 직무상 이유에 따른 비밀유지권(독일 민사소송법 제383조 제1항 제6호), 증언거부권 및 법원의 문서제출명령에 대한 예외 사유로서 이에 따르지 않을 권리(독일 민사소송법 제142조)를 들 수 있다.

II. 직무상 비밀유지의 일반적 근거 및 성격

1. 일반적 근거

가. 법률상 규정: 연방변호사법

비밀유지의무의 일반규정은 연방변호사법(BRAO: Bundesrechtsanwaltsordnung) 제43a조⁴⁹⁰⁾ 제2항, 독일 형법 제203조 및 연방 변호사회 규약위원회가 제정한 규약(Satzung)인 변호사 직업규칙(BORA: Berufsordnung des Rechtsanwalts, 이하 ‘직업규칙’이라고 한다) 제2조에 규정되어 있다.

연방변호사법 제43a조 제2항에 따라 변호사는 그가 직무를 수행하면서 알게 된 모든 비밀에 대하여 이를 누설하지 않아야 할 의무를 부담한다. 또한 종래 직업규칙 제2조 제7항은 변호사가 위임받은 비밀을 보호하기 위하여 취할 조치는 위협대처에 적절하고 직무에 적합하며 기술수준에 부합하여야 한다고 규정하였는바, 2022. 1. 1. 발효된 직업규칙 제2조 제2항은 이러한 기술적 조치가 정보보호법에 부합하면 충분하고, 의뢰인의 동의가 있거나 동의가 간주되는 경우 전자우편 등 전자적 통신수단 사용이 허용됨을 추가하고 있다.

나. 독일 기본법 규정: 직업수행의 자유

직무상 비밀유지권은 독일 기본법 제12조 제1항 제1문에 규정된 직업수행의 자유에도 기초하는 것으로 설명된다.⁴⁹¹⁾ 독일에서는 연방변호사법 제1조 및 제3조에 따라

490) 독일 연방변호사법 제43a조(변호사의 기본의무)

(1) 변호사는 그의 직업상의 독립을 저해할 위험이 있는 단체에 가입하여서는 안 된다.

(2) 변호사는 비밀을 누설하지 않을 의무를 진다. 변호사는 그의 직무를 수행하면서 지득한 모든 것에 대해서 이러한 의무를 부담한다. 그러나 이미 공지의 사실이거나 비밀을 준수할 의미가 없는 사실에 대해서는 그러하지 아니하다.

(3) 변호사는 그의 직업을 수행함에 있어서 사실에 부합하지 않는 행위를 하여서는 안 된다. 여기서 사실에 부합하지 않는 행위라 함은 특히 소송 상대방이나 소송절차와는 관련이 없는 의식적인 허위사실의 공표나 이와 같은 명예훼손적인 언명을 하는 행위를 의미한다.

(4) 변호사는 서로 대립하는 이해관계 모두를 대리하여서는 안 된다.

(5) 변호사는 그에게 위탁된 재산을 관리함에 있어서 필요로 하는 주의를 기울일 의무가 있다. 타인의 금전은 지체 없이 수령권자에게 인도되거나 별도의 은행계좌에 입금되어야 한다.

(6) 변호사는 자기의 능력을 계속 개발할 의무가 있다.

491) BVerfGE 110, 251f. = NJW 2004, 1305.

변호사가 사법기관이며 의뢰인의 이익을 옹호하면서 그로써 국가권력에 대한 법치국가적 통제를 수행한다고 하고 있다. 변호사가 의뢰인의 이익을 옹호하기 위해서는 변호사와 의뢰인 간 인적 신뢰관계가 필요한바, 그 기초가 바로 직무상 비밀의 유지 및 보장이라는 것이다.⁴⁹²⁾

한편 의뢰인은 독일 기본법상 인간의 존엄 및 인격권, 사생활의 비밀 및 개인정보 자기결정권(독일 기본법 제1조, 제2조, 제10조)에 의하여 개인정보의 공개 여부를 자유롭게 결정할 수 있는 것으로 설명된다.⁴⁹³⁾

2. 성격: 의무인 동시에 권리

가. 권리성의 인정

독일 사법절차에서 변호사에게 부과된 비밀유지의무는 일반적 정보제공의무를 부담하는 경우에 위임에 관련된 정보를 공개하지 않고 비밀을 유지할 수 있는 권리의 성격도 갖는다. 직업규칙⁴⁹⁴⁾ 역시 비밀유지를 변호사에게 인정되는 의무이자 권리(verpflichtet und berechtigt)라고 명시하고 있다.

나. 직무상 비밀보호

상술한 직업규칙 등은 일반적인 근거일 뿐이고, 그러한 권리의 행사에 관하여 개별법령에 구체적인 규정을 두어 그에 따라 규율하고 있다. 예컨대 형사절차에서는 독일 형사소송법(StPO: Strafprozessordnung)에서 변호사가 지득한 의뢰인의 비밀사항에 대하여 증언을 거부할 권리가 인정되며, 이와 연계하여 변호사가 소지한 의뢰인의 물건에 대한 압수를 규제하거나 기타 변호사에 대한 강제수사를 규제하는 조항이 마련되어 있다. 구체적으로 증언거부권(독일 형사소송법 제53조 제1항 제3문) 및 이를 우회하려는 압수를 규제하는 동 법 제97조 제1항부터 제3항, 그리고 변호사를 대상으로 하는 강제수사조치의 금지에 관한 형사소송법 제160a조등을 들 수 있다.

492) BVerfG NJW 1988, 191.

493) 다만 로펌 등에게 부과되는 개인정보보호조치 의무는 비밀유지의무와 관념상 구별된다. 상세는 BeckOK BORA § 2, Rn. 38 이하.

494) 직업규칙 제2조 제1항.

III. 직무상 비밀유지의 주체 및 객체

1. 비밀유지의 주체

가. 의무의 주체

(1) 변호사

비밀유지 '의무'의 측면에서는 특정 사무를 처리하는 신분 또는 지위의 유무가 초점이 된다. 변호사가 비밀유지의무의 주체임은 물론이나, 사내변호사는 독립성이 약하고 종속성이 강한 측면이 있어 고용관계에 따른 부분과 전문가로서 독립된 부분을 구분하는 이론에 따라 비밀유지의무가 제한적으로 인정되어 왔다.⁴⁹⁵⁾

(2) 의뢰인

의뢰인은 변호사와 달리 법률사무를 직업적으로 처리하는 지위에 있지 않으므로 원칙적으로 직무상 비밀유지의무의 주체가 되지 않는다.

나. 권리의 주체

(1) 변호사, 간접적으로 의뢰인

직무상 비밀유지권의 귀속주체는 표면적으로 변호사 자신이다. 그러나 이는 의뢰인의 권리이기도 하다. 즉 의뢰인은 변호사라는 직업의 성질상 비밀을 공개하지 않을 것이라는 믿음에 의해 변호사에게 개인의 비밀을 고백한 것이며, 변호사를 포함한 특정 직업에 직무상 비밀유지권이 인정되는 것은 직무상 비밀의 엄수에 대한 의뢰인의 신뢰를 보호하려는 것이기 때문이다. 따라서 의뢰인이 비밀유지를 포기한 이후에는 변호사가 동 권리를 행사할 수 없다. 이런 점에서 변호사가 직무상 비밀유지권의 직접적 귀속주체이자 행사주체, 의뢰인은 간접적이면서 궁극적인 귀속주체라고 할 수 있다.

(2) 사내변호사 등 조직변호사

프랑스에서 사내변호사 및 EU 회원국 외의 제3국인 미국 등 외국의 변호사가 행

495) 독일에서 사내변호사가 갖는 지위에 관하여는 김홍영, “사내변호사의 법적 지위의 특수성” 「성균관법학」 제24권 제4호, 성균관대학교 법학연구소, 2012 참조.

사주체에 포함되지 않는다고 하는 것과 달리⁴⁹⁶⁾ 독일에서는 2016년 1월 1일 시행된 ‘조직변호사(Syndikusanwalt) 권리의 새로운 규율에 관한 법률’에 따라 사내변호사와 같은 조직 내 변호사에 대한 권리도 어느 정도 보장되고 있다.⁴⁹⁷⁾ 그러나 권리성을 구체화한 개별법령, 예컨대 변호사 등의 증언거부권을 규정한 독일 형사소송법 제53조 제1항 제1문 제3호가 명문으로 사내변호사를 적용대상에서 제외하고 이 규정이 제97조 등에서 준용되는 등, 일반변호사와 같은 수준의 보호에는 이르지 않고 있다.

(3) 외국변호사

한편 EU 회원국이 아닌 제3국의 외국 변호사에 관하여, 독일 연방헌법재판소는 미국 법무법인에 대해서 독일 변호사로서의 권리를 인정하지 않고 있다. 즉 미국 법무법인(Jones Day)이 독일 법인(Audi)의 대리인이었던 사건에서, 미국 법무법인은 독일 변호사에 해당되지 않기에 독일 법인의 기본권이 인정되지 않고, 미국 법무법인에게 수사절차상 피의자가 수사기관에 대한 자료제출 거부의 근거로 원용할 수 있는 형사소송법 제160a조 제1항 제1문⁴⁹⁸⁾의 권리가 인정되지 않는다고 판시한바 있다.⁴⁹⁹⁾

2. 직무상 비밀유지의 객체

가. 직무상 비밀

(1) 판단 기준

직무상 알게 된 비밀을 유지할 의무의 범위는 일차적으로는 관련 법규에, 이차적으로는 업무의 성격에 근거하는 것으로 설명된다. 그리고 어떤 업무가 비밀유지의무를 부담하는 사무인가에 관한 판단 기준에 대해서는, 주로 거래관행 및 신뢰를 부여하는 의뢰인의 정당한 기대에 따라 해석하는 것이 보통이다.⁵⁰⁰⁾

496) 후술 206 참조.

497) 연방변호사법 제46조에 대한 개정 법률이다.

498) 독일 형사소송법 제160a조 증언거부권 있는 업무상 비밀보유자와 관련한 조치 (1) 제53조 제1항 제1문 제1, 2호 또는 4호에 열거된 사람, 변호사, 연방변호사법 제206조에 따라 변호사협회에 가입된 사람 또는 소송조력인을 대상으로 하는 수사상 조치는 그 수사대상자들이 증언거부를 할 수 있는 사항에 관한 내용을 취득할 것으로 예상되는 경우에는 허용되지 않는다.

499) BVerfG AnwBl 2017, 999.

500) BeckOK BORA § 2, Rn. 30-35.

(2) 비밀의 범위

비밀유지의무의 대상인 비밀은 변호사가 직무집행에 있어서 알게 된 일체의 사항을 포함한다. 변호사가 의뢰인과 사이에 행한 의사교환의 내용은 물론 제3자의 입장에서 알고 있거나 또는 자체 조사에 따라 확인 된 것이 모두 포함될 수 있다. 의뢰자의 이익에 관한 것이라면 우연히 알게 된 것도 포함될 수 있으며, 사건 위임계약이 체결된 이후의 사항은 물론 체결 전 교섭 단계에서 알게 된 사실도 포함될 수 있다.⁵⁰¹⁾

나. 의사교환

(1) 직접 대화

비밀유지의무의 대상인 직무상 비밀에 포함될 수 있는 의사교환에 대해서 형식상의 특별한 제한은 없다. 변호사가 의뢰인과 직접 만나서 대화하는 경우에 보호대상인 비밀 통신에 포함됨은 물론이다.

(2) 전기통신 또는 전자매체

전기통신 또는 전자매체에 의한 의사교환도 보호될 수 있으나, 변호사는 기본적으로 보안대책을 채택할 것이 요구된다. 전화나 팩스, 이메일 등의 전기통신 또는 전자매체에 의한 변호사-의뢰인 간의 통신은 직업규칙 제2조 제2항에 따라 의뢰인이 동의한 경우에 허용될 수 있다. 이에 의뢰인으로부터 암호화되지 않은 통신을 위한 이메일 주소가 제공된 경우에는 이메일 사용에 대한 묵시적 동의가 있었던 것으로 해석될 수 있다.

변호사와 의뢰인 간의 통신 내용에 포함된 의뢰자에 관한 데이터 보호도 논의된다. 변호사가 컴퓨터를 사용하여 처리한 데이터나 이메일을 통해서 연락을 취한 데이터 등이 대상이 되는바, 이러한 데이터 취급에 관해서는 EU 데이터 보호법(Datenschutz-Grundverordnung: DSGVO)은 독일 국내법인 연방정보보호법(BDSG: Bundesdatenschutzgesetz)이 정하도록 하고 있다.⁵⁰²⁾

501) BeckOK BORA § 2, Rn. 10-12.

502) <https://www.bitkom.org/Themen/Datenschutz-Sicherheit/Datenschutz/Inhaltsseite-2.html> 참조 (2022. 1. 29. 최종 확인).

IV. 비밀유지의 효력 및 예외

1. 비밀유지의 효력

가. 의무 측면

(1) 개시 시기

비밀유지의무의 개시 시기는 보호대상인 직무상 비밀의 시적 범위와 동일한 관점에서 파악된다. 위임계약이 체결된 경우 그 체결 이후에 동 의무가 인정됨은 의문이 없다. 나아가 위임계약 체결 전에 수임을 위한 교섭 단계에서도 개시될 수 있음은 앞서 본 것과 같다.

(2) 존속 시기: 의뢰인의 사후 존속 여부

계약상 의무가 소멸하더라도 비밀유지의무에 영향이 없고 위임이 종료하여도 비밀유지의무가 존속한다.⁵⁰³⁾ 나아가 이는 의뢰인의 사후에도 존속한다.⁵⁰⁴⁾ 다만 사자의 추정적 의사에 따라 공개가 가능한 경우도 있고, 이 경우 변호사는 사자와 생전에 논의한 내용 등을 참작하여 추정적 의사에 부합하는지를 숙고해야 한다. 통상적인 경우 비밀의무가 실제적 진실의 발견 등 공익보다 우위에 있으므로 그 공개에는 충분하고도 합당한 근거가 있어야 한다.⁵⁰⁵⁾

나. 권리 측면

이는 일반적인 비밀유지의무의 존속범위와 구별되며, 비밀유지를 권리로 주장할 수 있도록 구체화한 개별법의 해석에 따라 판단되는 문제이다. 예컨대 형사소송법상 변호사에 대한 압수 규제 등에서 의뢰인이 어느 단계에서 변호사와 행한 의사교환부터 직무상 비밀에 의한 보호받을 수 있는가의 문제인바, 이에 관하여는 후술한다.

503) 연방변호사법 제43a조.

504) BGH NJW 1968, 1773 (1174).

505) BeckOK BORA § 2, Rn. 29a 이하.

2. 비밀유지의 예외

가. 의무의 예외

(1) 공개가 허용되는 경우

직업규칙에 따르면 법률상 예외⁵⁰⁶⁾ 및, 의뢰인의 승낙⁵⁰⁷⁾이 있거나 정당한 이익을 보호⁵⁰⁸⁾하는데 필요하거나 사회적으로 상당한 경우⁵⁰⁹⁾에 변호사는 비밀을 공개할 수 있다. 법률상 예외에는 뒤 이어서 살펴보는 공개가 의무인 경우도 포함된다.

변호사에 대한 범죄혐의는 직무상 비밀유지의 예외가 인정되는 가장 대표적인 경우이다. 앞서 보았듯 형사소송법 제97조 제1항 및 제2항, 제160a조의 적용과 관련하여 증언거부권자인 변호사 등에게 공범 또는 증거인멸, 범인은닉이나 장물범죄의 혐의가 있을 경우 또는 압수대상물이 범죄행위의 결과이거나 범죄행위를 위하여 사용되었거나 사용하기 위한 것인 경우 또는 범죄행위와 관련된 것인 때에 예외가 인정된다.

(2) 공개가 의무인 경우: 형법 및 자금세탁방지법의 통보의무

이는 주로 법률상 규정된 예외로서, 단순히 변호사가 외부에 비밀을 공개하는 행위가 허용되는 것에 그치지 않고 적극적으로 비밀을 외부에 공개하여야 할 의무를 부담하는 경우이다. 주로 의뢰인의 범죄행위를 외부에 알리는 것에 관계되어 있다. 예컨대 독일 형법 제138조⁵¹⁰⁾는 특정 범죄의 예비나 실행을 알게 된 자는 이를 통보할 의무가

506) 직업규칙 제2조 제3항 법령, 판례, 관습법 및 조리 등에 의하여 예외가 요구·허용되는 경우 연방변호사법 제43a조 제2항 소정의 비밀유지의무에 위반되지 않는다.

507) 직업규칙 제2조 제4항 a호.

508) 직업규칙 제2조 제4항 c호. 예컨대 위임관계에서 발생하는 청구를 집행 또는 방어하거나 자신의 사건을 방어하는 경우.

509) 예컨대 법률사무를 보조하거나 그에 수반하는 IT서비스에 대한 유지관리 사무를 외주하는 경우이다.

510) 독일 형법 제138조(범죄불고지) ① 다음 각호의 1에 해당하는 범죄의 예비 또는 실행에 관하여 신뢰할 수 있는 정보를 지득하고 그 실행 및 결과발생을 방지할 수 있었던 시기에 관청이나 피해자에게 이를 고지하지 아니한 자는 5년 이하의 자유형 또는 벌금형에 처한다.

1. 침략전쟁의 예비(제80조)

2. 내란의 죄 중 제81조 내지 제83조 제1항

3. 간첩 및 외환의 죄 중 제94조 내지 제96조, 제97a조 또는 제100조

4. 화폐 및 유가증권의 위조 중 제146조, 제151조, 제152조 또는 보증기능이 있는 지불카드 및 유로수표 위조죄 중 제152b조 제1항 제1호 내지 제3항

5. 모살(제211조), 고살(제212조), 인종학살(국제형법 제6조), 반인도적 범죄(국제형법 제7조), 전쟁범죄(국제형법 제8조, 제9조, 제10조, 제11조 또는 제12조)

6. 개인의 자유에 대한 죄 중 각각 중죄에 해당하는 제232조 제3항, 제4항 또는 제5항, 제233조 제3항의

있고 불이행시 이를 처벌하도록 규정하고 있다.

또한 독일 자금세탁방지법(GwG: Das Gesetz über das Aufspüren von Gewinnen aus schweren Straftaten) 제2조 제1항 제7호는 변호사, 변호사회 소속 변호사나 변리사 등은, 부동산, 금전 등의 재산관리, 법인 설립 등 거래 계획 또는 실행에 대한 의뢰인의 관여가 자금세탁(독일 형법 제261조)이나 테러조직에 대한 자금제공을 위한 것으로 의심되는 경우에는 동법 제11조 제1항 제1문 및 제4항에 따라 연방 변호사회에 이를 통보하여야 한다고 규정함으로써 일종의 신고의무를 부과하고 있다.

나. 권리성의 예외

이는 일반적인 직무상 비밀유지의무의 예외와 구별되며, 직무상 비밀을 권리로 주장할 수 있도록 구체화한 개별 법령의 예외사유에 관한 규정과 그 해석에 따라 인정된다. 예컨대 독일 형사소송법 제97조 제2항, 형사소송법 제160a조 제4항은 변호사가 공범으로 가담한 형의가 있는 등 일정한 경우에 압수 규제에 대한 예외를 인정하고 있다.

V. 형사소송법상 직무상 비밀 보호에 관한 규율

1. 압수에 대한 제한(형사소송법 제97조 제1항, 제2항 및 제3항)

가. 의의

독일 형사소송법 제97조⁵¹¹⁾ 제1항은 “다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우는

죄 및 제234조, 제234a조, 제239a조 또는 제239b조의 죄

7. 강도 또는 강도적 공갈(제249조 내지 제251조 또는 제255조)

8. 공공위험의 죄 중 제306조 내지 제306c조, 제307조 제1항 내지 제3항, 제308조 제1항 내지 제4항, 제309조 제1항 내지 제5항, 제310조, 제313조, 제314조, 제315조 제3항, 제315b조 제3항 또는 제316a, 조 제316c조

② 제129a조 및 제129b조 제1항 제1문과 제2문과 관련하여 적용되는 제129a조의 범죄의 예비 또는 실행에 관하여 신뢰할 수 있는 정보를 지득하고 그 실행을 저지할 수 있는 시기에 이를 관청에 고지하지 아니한 자도 전항과 동일하게 처벌된다. 제129b조 제1항 제3문 내지 제5문은 동일하게 적용된다.

③ 위법행위의 예비 또는 실행에 관하여 신뢰할 수 있는 정보를 지득하고 중과실로 이를 고지하지 아니한 자는 1년 이하의 자유형 또는 벌금형에 처한다.

511) 독일 형사소송법 제97조(압수금지대상) ① 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우는 압수하지 못한다.

1. 제52조 또는 제53조 제1항 1호 내지 3b호에 의해 증거거부권이 있는 사람과 피의자(피범행혐의자)사이의

압수하지 못한다.”라고 하면서, 제1호에서 “제53조 제1항 제1문 제1호부터 제3b호에 따라 거부권이 있는 사람과 피의자 간 서면 의사교환”을, 제2호에서 “제53조 제1항 제1문 제1호부터 제3b호에 규정된 사람에게 피의자가 맡긴” 의사교환에 관하여 작성된 기록 등을 규정하고 있다.

나. 특징: 증언거부권과 연계

독일 형사소송법 제53조 제1항 제1문 제3호가 변호사, 같은 제2호가 형사절차의 변호인을 각 업무상 비밀에 의한 증언거부권자로 규정하고 있으므로, 이들은 위 규정의 적용을 받는다. 나아가 동법 제97조 제3항은 “제53조 제1항 제1문 제1호부터 제3b호에 규정된 사람의 보조인”에게 증언거부권이 인정될 수 있는 경우 그 보조인에 대해서도 이러한 제한을 준용하고 있다.

한편 같은 조 제2항 제1문은 이러한 규제가 “거부권자가 대상을 보관하고 있는 경우에만” 적용되는 것으로 규정한다.⁵¹²⁾ 이를 종합하면, 변호사 등 증언거부권자가 행

서면 전언

2. 제53조 제1항 1호 내지 3b호에 열거된 사람에게 피의자(피범행혐의자)가 신뢰하여 맡긴 전언에 관하여 또는 증언거부권이 미치는 기타 사정에 관하여 이들이 행한 기록

3. 제52조 제1항 1호 내지 3b호에 열거된 사람의 증언거부권이 미치는 의학적 검사소견이 포함된 기타 대상
② 제1항의 제한은 증언거부권자가 대상을 보관하고 있는 경우에만 적용된다. 다만 사회법 제5편 제291a조가 의미하는 전자료보험카드는 소지 여부와 관계없이 압수할 수 없다. 의사, 치과 의사, 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 3a호 및 3b호에 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.

③ 제53조 제1항 제1문 3a호와 3b호에 언급한 자들의 보조인(제53a조)이 증언을 거부할 수 있다면, 이에 대해서는 제1항과 제2항을 준용한다.

④ 제53조 제1항 제1문 4호에 언급한 자의 증언거부권이 미치는 범위내에서는 목적물의 압수는 허용되지 않는다. 당해 압수금지 조항은 제53조 제1항 제1문 4호에 언급한 자들이 그 보조인(제53a조)에게 맡긴 목적물에 대해서도 적용된다. 제53조 제1항 제1문 4호에 언급한 자들의 보조인(제53a조)이 증언거부권을 갖는 경우에는 제1문을 준용한다.

⑤ 제53조 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 제160a조 제4항 제2문을 준용한다. 그러나 이 경우에도 기본법 제53조 제1항 제2문에 따른 기본권을 고려할 때 물건이 갖는 의미에 비추어 비례성에 반하지 않고, 사안에 대한 수사 또는 범인의 소재지확인이 불가능하거나 현저하게 어려워질 것으로 예상될 때에는 압수가 허용된다.

512) 이는 우리 형소법 제112조 및 제219조가 변호사 등이 ‘보관’ 하는 물건일 것을 요건으로 하는 것과 유사하다.

한 의뢰인과의 서면 의사교환, 피의자가 업무상 신뢰관계 하에 변호사 등에게 알린 내용이나 변호사 등이 업무와 관련하여 작성한 기록으로서 변호사 등이 보관하는 것은 이 조에 따라 압수가 제한되며, 증거거부권이 인정되는 변호사 등의 보조인에 대해서도 동일하다.

위 제97조는 업무상 비밀을 취급하는 자에 대한 압수제한을 규정하면서 업무상 비밀을 취급하는 일정한 자에 인정되는 증거거부권에 관한 제53조 제1항을 언급하여, 규정형식 자체에서 압수에 대한 규제를 증거거부권 규정에 연계하고 있다. 이러한 규정 형식에서 드러나듯, 제97조는 수사기관이 위 서면 등을 압수하여 그 기재된 내용을 알게 됨으로써 결과적으로 변호사 등의 증거거부권이 무력화되는 것을 방지하려는 취지이다.⁵¹³⁾

2. 직무상 비밀 취급자에 대한 강제수사조치 금지(형사소송법 제160a조)

가. 의의

독일 형사소송법 제160a조는⁵¹⁴⁾ 증거거부권을 행사할 수 있을 것으로 예상되는

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

514) 독일 형사소송법 제160a조(증거거부권이 있는 경우의 수사처분) ① 제53조 제1항 1호, 2호 또는 4호에 언급된 자, 변호사, 연방변호사법 제206조에 따라 변호사협회에 가입된 자, 변호사자격이 없지만 법률서비스법에 따라 예외적으로 소송대리가 허용된 자에 대한 수사 또는 이러한 자들이 증거거부할 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.

② 제53조 제1항 1호, 3호 내지 3b호 또는 5호에 언급한 사람들에게 대한 수사 또는 이러한 사람들의 증거거부를 할 수 있을 것으로 예상되는 내용을 획득하기 위한 수사가 행해지는 경우에는, 비례성 심사의 범위내에서 이 점을 충분히 고려하여야 하며, 중대한 의미를 갖는 수사절차를 대상으로 하지 않는다면, 원칙적으로 형사소추를 해야 할 이익이 더 큰 비중을 갖는다고 보아서는 안 된다. 이러한 경우에는 수사처분을 행하지 않아야 하거나, 수사처분의 종류에 따라 가능하다면 수사처분을 제한하여야 한다. 그와 같은 수사를 통해 밝혀진 내용을 입증목적에 위해 사용하는 문제에 관해서는 제1문에 따른다. 제1문 내지 제3문은 변호사, 연방변호사법 제206조에 따라 변호사협회에 가입된 자 및 법률서비스법에 따라 예외적으로 소송대리가 허용된 자에 대해서는 적용하지 아니한다.

③ 제1항과 제2항은 제53a조에 언급된 사람들이 증언을 거부할 수 있는 경우에도 준용한다.

④ 특정한 사실에 비추어 증거거부권이 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 1호 내지 5호에 해당하는 사례와 관련하여 고소가 제기되거나 권한이 위임된 즉시 그리고 그 범위 내에서만 제1문을 적용한다.

업무상 비밀 취급자를 대상으로 하는, 이들이 증언거부를 할 수 있을 것으로 예상되는 내용을 획득하고자 하는 강제수사가 금지됨을 규정한다. 이 조항은 2008년 1월 1일부터 시행된 ‘전기통신의 감청과 기타 비밀수사처분의 개정 및 유럽공동체 지침 2006/24/EC의 전환을 위한 법률 [이하 ‘전기통신감청법’(TKÜ)]’이 시행됨에 따라, 같은 날부터 형사소송법에 규정되어 시행되었다.

나. 증언거부 예상의 판단 기준

이 조항이 금지대상인 수사의 요건으로서 증언거부를 할 수 있을 것으로 ‘예상되는’ 수사일 것을 요구하고 있으므로, 이를 판단함에 있어 그 기준이 논의된다. 이에 대하여 변호사에 대한 강제수사는 이 제160a조에 따라 원칙적으로 위법으로 보아야 하며, 다만 수사기관이 제160a조가 아닌 제103조를 적용한 것을 정당화하는 이유를 제시하여야 한다는 견해가 있다. 반면에 일부 견해는 원칙적으로 압수수색에 관한 일반조항인 형사소송법 제103조에 의하여 압수수색이 가능하며, 압수수색이 제한되는 예외사유인 제160a조를 적용하려면 수사기관이 제160a조에 따라 압수수색을 하지 않은 조치를 정당화하는 이유를 제시하여야 한다는 견해가 있다.⁵¹⁵⁾

다. 적용범위

(1) 물적 범위: 모든 강제수사

제160a조는 모든 강제수사 수단에 적용되는데, 이 조항이 제97조에 의한 압수 규제에 더하여 추가로 입법되었기 때문에, 제97조와 경합 관계가 논의되는 사례가 발생할 수 있다. 압수 외 다른 강제수사에 대해서 제97조가 문제되지 않는 것과 달리, 압수에 대해서는 제97조와 제160a조의 적용이 동시에 문제될 수 있기 때문이다. 이에 대해 제160a조 제5항⁵¹⁶⁾에 근거하여 제97조를 우선하는 설명도 있으나⁵¹⁷⁾ 그 관계가 반드시 명확하지는 않다.

⑤ 제97조와 제100c조 제6항은 이에 영향을 받지 아니한다.

515) Bettina Weisser, “Confidentiality of Correspondence with Counsel as a Requirement of a Fair Trial: The Situation in Germany”, in: The right to counsel and the protection of attorney-client privilege in criminal proceedings, 126-127.

516) 독일 형사소송법 제160a조 제5항 제97조, 제100d조 제5항과 제100g조 제4항은 영향을 받지 않는다.

517) 제97조보다 제160a조의 적용요건이 완화되어 있으므로 피압수자에게 불리한 결과가 된다.

(2) 시적 범위: 형사절차 개시 이후

또한 이 조항은 증언거부권자에게 업무상 비밀을 위탁한 자, 예컨대 변호사와 의사교환 한 의뢰인에 대하여 구체적인 혐의에 근거하여 수사가 개시되는 등으로 의뢰인이 형사절차에 연루된 이후에 변호사가 그로부터 취득한 비밀내용에 한하여 적용된다. 판례도 같은 입장에서 수사기관에 의한 수사 개시 전에 변호사가 특정 회사로부터 회사 임직원의 행위에 대한 사적인 조사를 의뢰받아 수행하는 과정에서 취득한 회사 임직원의 범죄증거에 대해 이 조항이 적용되지 않는다고 판시하였고,⁵¹⁸⁾ 독일 연방헌법재판소는 이것이 독일 기본법에 반하지 않는다고 결정한바 있다.⁵¹⁹⁾

라. 효과

이 조항에 의하면, 증언거부권자들에 대하여 이들이 증언거부를 할 수 있을 것으로 '예상되는' 내용을 획득하는 수사방법은 허용되지 않고, 이런 수사를 통해 인식하게 된 내용을 증거로 이용할 수 없으며, 이러한 내용이 기재된 서류 등 내용을 삭제 하고 허용된다고 본 이유를 기록에 남기도록 요구된다. 예컨대 수사기관이 상기한 내용에 대한 수사를 통하여 획득한 내용을 법정에 출석하여 증언하더라도 그 증언을 유죄의 증거로 사용할 수 없다. 이와 같은 금지는 절대적이며 형량을 통한 예외인정 대상이 되지 않는다.⁵²⁰⁾

3. 침해에 대한 구제절차

가. 공판 단계

이는 압수가 집행 중인 단계 및 종료된 후 공판 단계의 구제수단으로 나누어 볼 수 있다. 우선 공판 단계에 관하여, 제160a조는 명문으로 이에 위반하여 취득된 내용을 증거로 사용할 수 없도록 규정하여 구제수단으로서 본안에서의 증거배제를 채택한다. 제97조에는 이러한 규정이 없으나, 제160a조 제5항에 불구하고 제160a조의 증거배제가 마찬가지로 적용되는 것으로 설명된다.

518) LG Mannheim NZWiSt 2012, 424 참조.

519) BVerfG NZWiSt 2018,363; BVerfG NJW 2017, 2816 참조.

520) BeckOK StPO/Genter StPO § 160a Rn. 5.

나. 공판 전 압수 단계

(1) 준항고

수사기관의 압수 단계에서는 독일 형사소송법 제98조 제2항에 근거하여 준항고에 의해 그 위법을 다룰 수 있다.⁵²¹⁾ 독일 형사소송법 제304조 제1항이 법원이 내린 모든 결정 및 명령, 처분에 대한 항고를 허용하는 것과 달리 수사기관이 한 처분에 관하여는 명문의 규정이 없는데, 판례와 통설은 일치하여 독일기본법 제19조 제4항 제1문의 재판청구권에 근거하여 형사소송법 제98조 제2항 제2문⁵²²⁾을 적용함으로써 그에 대한 준항고를 허용하기 때문이다.⁵²³⁾

(2) 비교: 프랑스 형사소송법

그러나 후술할 프랑스 형소법에 규정된, 변호사 사무실이나 주거에 대한 압수에 이의제기 시 그 집행을 멈추고 목적물을 봉인하는 것 같은 제도가 없어, 재판에서 다투기 전에 이미 집행이 종료되는 경우가 많다. 집행 종료 이후에는 i) 그 침해가 반복될 위험⁵²⁴⁾ 및 ii) 계속되는 침해적 효과로부터 회복할 이익, iii) 중대한 기본권침해가 인정되어야 불복이 허용되는데, 판례는 불기소처분 또는 공판에서 무죄판결을 받을 가능성이 있는 경우 이러한 이익을 부정하므로⁵²⁵⁾ 그 실효성은 크지 않은 것으로 보인다.

521) BeckOK StPO/Genter StPO § 160a Rn. 23.

522) **독일 형사소송법 제98조(압수명령)** ① 압수명령은 법원에 의해서만 가능하며, 다만 긴급을 요하는 경우에는 검사와 그 수사요원(법원조직법 제152조)에 의해서도 가능하다. 제97조 제5항 제2문에 의한 편집국, 출판사, 인쇄소 또는 방송시설 내에서의 압수는 법원에 의해서만 가능하다.

② 법원의 명령이 없이 어떤 대상을 압수한 공무원은, 압수 당시 당사자 또는 성년인 그의 가족이 부재했거나, 당사자가 명시적으로 이의를 제기했거나 또는 당사자가 없어 성년인 가족이 이의를 제기했던 때에는 압수 후 3일 이내에 법원의 추인을 신청해야 한다. 당사자는 언제든지 법원의 재판을 신청할 수 있다. 법원의 관할은 제162조에 따라 정한다. 당사자는 압수가 행해진 지역을 관할하는 지방법원에도 신청을 제기할 수 있다. 당사자에게는 그의 권리를 고지해야 한다.

523) 독일에서 수사기관의 강제처분에 대한 준항고에 관하여 소개한 국내 문헌으로 신상현, “수사절차에서 준항고를 통한 피의자의 법적 보호 - 독일형사소송법과의 비교법적 연구 -”, 외법논집 제43권 제3호(2019), 105면 이하.

524) BGHSt 28, 57, 58; 36, 30, 32; BVerfGE 49, 329 ff.

525) BGHSt 36, 30 32; 37, 79, 83.

4. 예외사유(형사소송법 제97조 제2항, 형사소송법 제160a조 제4항)

가. 형사소송법 제97조 제2항

상술한 제97조의 압수 제한에 대해서는, 같은 조 제2항 제3문이 명문으로 예외를 인정하고 있다. 이에 따르면 변호사 등 업무상 비밀로 인한 증언거부권자에게 공범 또는 증거인멸, 범인은닉이나 장물범죄의 혐의가 있을 경우 또는 압수대상물이 범죄행위의 결과이거나 범죄행위를 위하여 사용되었거나 사용하기 위한 것인 경우 또는 범죄행위와 관련된 것인 경우에는 압수금지의 제한이 적용되지 않는다. 한편 제97조는 압수 제한 및 그 예외를 규정하면서 변호사를 직무비밀 상 증언거부권이 인정되는 다른 직역과 함께 규정하고 있다.

나. 형사소송법 제160a조

한편 형사소송법 제160a조에 따라 변호사를 비롯한 직무상 비밀취급자에게 제공되는 보호에 대해서도, 상기한 제97조 제2항 제3문에서 예외를 규정하는 것과 마찬가지로 제160a조 제4항 제1문이 명문으로 예외를 인정하고 있으며 그 사유 또한 동일하다. 이에 따라 제97조 제2항 제3문의 예외사유와 같은 사유가 있는 경우에는 강제수사 등의 조치가 가능하도록 명문으로 예외를 인정하고 있다.

5. 관련문제: 형법상 직무상 비밀보호 규정

가. 비밀누설죄

현행 독일 형법 제203조는 특정 사람을 처벌 대상으로 하여 개인의 비밀을 침해하는 비밀누설죄를 규정한다. 이 조항의 처벌대상자는 개인의 비밀에 대한 묵비의무를 부담하는 사람이며, 여기에 열거된 것은 타인의 비밀, 그 중 특히 개인의 생활 영역 또는 경영, 사업상 비밀을 묵비하여야 하는 사람이다.

즉, 독일 형법 제203조 제1항 제1호의 “의사, 치과 의사, 수의사, 약사 ... 기타 치료의 직업에 속한 사람”, 동 항 제2호의 “공인의 직업으로 심리학자(Berufspsychologen)”, 동 항 제3호의 “변호사 ... 변리사, 공증인, 변호사, 회계사, 장부 회계인(Buchprüfer),

세무사, 세무 대리인(Steuerbevollmächtigten) 또는 변호사 단체, 변리사 단체, 회계사 단체 장부 회계인 단체 또는 세무사 단체의 기관 또는 구성원”, 동 항 제4호의 “관청 또는 공법상의 단체, 시설 혹은 재단에 의해 승인된 상담소에서의 결혼상담원, 가정상담원, 교육상담원 또는 청소년 상담사 및 중독 문제에 대한 상담원”, 동 항 제5호의 임신분쟁법 제3조에서 제8조에 따른 “공인 상담소의 구성원 또는 수탁자”, 동 항 제6호의 “공인 사회상담사(Sozialarbeiter) 또는 사회교육 전문가(Sozialpädagogen)”, 동 항 제7호의 “질병, 재해 또는 생명보험업 또는 개업 세무사 사업 또는 변호사 개업에 종사하는 사람”이 상대방이 자신에게 털어 놓은, 또는 기타 알려지게 된 비밀을 권한 없이 누설한 경우에는 동 조가 1년 이하의 자유형 또는 벌금형에 처하도록 규정하고 있다.⁵²⁶⁾

또 이러한 사람들을 보조하는 사람에 대해서도, 독일 형법 제203조 제3항은 동일하게 기밀을 유지할 의무를 규정하고, 그에 반하여 비밀누설행위를 행한 경우를 처벌한다.

나. 증언거부권과 관계

독일 형법 제203조가 형사소송법 제53조의 증언거부권에 우선할 것인가, 즉 형법 제203조에 의해 비밀유지의무를 부담하는 자에 대하여는 처음부터 증인신문 등이 금지되는 것인가와 관련하여 양 조항 간 우열 관계가 논의된다. 이에 대해서는 증언거부권이 인정되는 형사소송법 제53조의 주체가 형법 제203조의 주체이기도 한 경우(변호사, 의사 등)에는 비밀사항에 관한 신문이 금지된다고 설명된다.

반면에 형법 제203조에만 규정된 자(직업적인 심리학자 등)는 형사소송법 제53조의 증언거부권이 인정되지 않기 때문에 증언의무가 있고, 이 경우 형법 제203조 비밀누설죄는 구성요건에 해당되나 증언의무로 인하여 위법성이 조각된다고 설명된다.⁵²⁷⁾

526) 조문 해설은 Fischer, StGB, 68. Aufl.(2021), § 203.

527) Fischer, StGB, 68. Aufl.(2021), § 203.

VI. 평가

변호사법에 직무상 비밀 규율에 관한 일반적 근거규정을 두고 이와 별도로 형사소송법 등 개별법에 변호사 등 직무상 비밀취급주체에 대한 직무상 비밀보호에 관한 규정을 별도로 두는 독일의 규율체계는 우리의 그것과 유사하다. 또한 형사소송법에서 변호사 등 일정 직무주체에 대한 직무상 비밀보호 규정이 증언거부권과 연계되어 있는 것도 우리와 유사하다.

그러나 독일 형사소송법 제97조 제2항에 더하여 같은 법 제160a조가 마련된 것에서 나타나듯 독일 형사소송법은 우리 형소법에 비하여 변호사에 대한 강제수사로부터 변호사를 더욱 두텁게 보호하고 있다. 다만 제160a조가 정한 요건판단에 있어 기준이 다소 모호한 점이 있고, 같은 대륙법계인 프랑스 형사소송법과 달리 변호사에 대한 수사기관의 압수수색에서 직무상 비밀로서 보호되는 자료인가에 관하여 그 여부를 법원이 판단하는 절차 및 이를 위한 즉각적 압수집행 정지나 압수물 봉인 등에 관한 명문 규정은 마련되어 있지 않다.

제4절 프랑스에서 변호사에 대한 직무상 비밀의 보장



I. 서설

1. 직무상 비밀: 규율체계 및 논의차원

가. 규율체계

(1) 이원적 규율

프랑스에서 변호사-의뢰인 간 의사교환의 비밀은 변호사에게 인정되는 “직무상 비밀(le secret professionnel de l’avocat)”의 관념에 기초하여 논의된다. 이러한 직무상 비밀에 대한 법적 규율은 후술할 「일정한 재판·법률관련 직업 개혁에 관한 1971. 12. 31.자 제71-1130호 법률⁵²⁸⁾」(이하 ‘프랑스 변호사법’이라고 한다) 제66-5조가 1997년 4월 7일 법(법 제97-308호)에 의하여 개정됨으로써 마련된 직무상 비밀 (secret professionnel de l’avocat) 보호의 일반규정에 근거한 의무 및 권리의 측면과, 그와 별도로 직무상 비밀보장을 위한 권리를 구체화하는 개별법 규정에 의한 보장의 이원적인 체계를 취하고 있다.

(2) 개별법령에 의한 구체적 규율

후자의 개별법 규정에 의한 보장은 프랑스에서 매우 중요하게 논의되는바, 기존에 변호사 사무실 또는 주거에 대한 압수 등에 있어 직업비밀을 보호하는 형사소송법의 규율에 더하여 최근에는 그 보호를 더욱 강화하는 형사소송법 개정 법률이 「사법기관의 신뢰에 관한 2021. 12. 22.자 제2021-1729호 법률⁵²⁹⁾」(이하 ‘사법신뢰법’) 제3조로 규정, 입법되어 2022. 3. 1. 부터 시행 중이기도 하다.⁵³⁰⁾ 직무상 비밀의 관점에 입각한

528) 법령 원문은 “Loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques Loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques” 이다.

529) 법령 원문은 “LOI n° 2021-1729 du 22 décembre 2021 pour la confiance dans l’institution judiciaire” 이다.

530) 특히 동법 제56-1조의 개정이 주요하다. 이에 관한 현행 조항은 <https://www.legifrance.gouv.fr/codes/id/LEGIARTI000042779588/2020-12-27/>에서, 2022. 3. 1.부터 시행되는 개정 조항은 <https://www.legifrance.gouv.fr/codes/id/LEGIARTI000044568203/2022-03-01/>에서 각 확인할 수 있다(2021.

이러한 권리보호 규율 체계는 같은 대륙법 국가인 독일의 규율과 유사한 면이 있다. 이하에서는 직무상 비밀의 관점에서, 비밀유지의무 측면보다 형사소송법에 규정된 비밀 보장의 측면을 중심으로 검토하기로 한다.

나. 논의의 차원

(1) 권리의무의 차원

프랑스에서 변호사에게 인정되는 상술한 ‘직무상 비밀’의 논의는 다시 세 가지 차원으로 구분된다.⁵³¹⁾ 첫째는 변호사로 하여금 의뢰인의 기밀을 엄수할 의무를 부과하는 측면이다. 이를 위반한 때에는 민사, 징계 및 형사⁵³²⁾ 책임을 부담하게 될 수 있다.

다음으로 대립 당사자 간의 협상을 대리하는 양측 변호사가 각 부담하는 비밀유지의무 측면이다. 대립 당사자가 협상과정에서 서로 기밀을 상대방에게 노출하지 않고 자 변호사를 통해 협상하며, 결렬 시 양측 변호사는 협상과정에서 상대방으로부터 지득한 일체의 정보를 자기 의뢰인에게 비밀로 하여 정보교류와 협상을 촉진하는 것이다. 이 기밀성을 침해한 효과는 첫째와 동일하다.

셋째는 소송 등 절차에서 방어권을 보장하는 측면이다. 이는 특히 공권력의 간섭으로부터 의뢰인의 방어권을 보호하는 의미가 있다. 수사기관에 의한 강제적인 증거수집이 가장 침해하게 문제되는 형사절차에서 형사소송법이 특별히 변호사 사무실이나 주거에 대한 압수를 규제하는 구체적인 조항을 두고 있는 것이 바로 이에 기초한다.

(2) 공공질서 (l'ordre public)

직무상 비밀은 이러한 차원들에 더하여 공공질서의 차원으로 논의된다. 직무상 비밀은 비밀리에 변호사와 상담하려는 의뢰인의 이익 또는 변호사가 갖는 직업상 이익을 넘어 ‘공공질서(l'ordre public)’에 따라 인정된다는 것이다. 프랑스에서 전국단위 변

2. 25. 최종 확인).

531) 이는 최근 프랑스 형사소송법 개정 과정에서 하원의원이 제출한 입법보고서에 명시되었다. M. STÉPHANE MAZARS(Député), RAPPORT FAIT AU NOM DE LA COMMISSION DES LOIS CONSTITUTIONNELLES, DE LA LÉGISLATION ET DE L'ADMINISTRATION GÉNÉRALE DE LA RÉPUBLIQUE, SUR LE PROJET DE LOI ORGANIQUE ET LE PROJET DE LOI, APRÈS ENGAGEMENT DE LA PROCÉDURE ACCÉLÉRÉE, pour la confiance dans l'institution judiciaire (nos 4091 et 4092), ASSEMBLÉE NATIONALE, Nos 4146 et 4147, (2021. 5.), 61.

532) 프랑스 형법 226-13조; 국가 또는 직업에 따라 관리인인 사람이 비밀 정보를 누설한 경우 1년의 징역 및 15,000유로의 벌금에 처한다.

호사협회 조직인 ‘Le Conseil National des Barreaux(CNB)’가 정한, 정부의 2007. 8. 11. 결정에 의해 채택된 전국수준의 직무규정인 ‘Règlement Intérieur National (이하 ‘RIN’이라고 한다)’ 제2.1조⁵³³⁾에도 변호사가 향유하는 “직무상 비밀은 공공질서이다”라는 취지가 명기되어 있다.

다. 형성 배경

(1) 기원

변호사에 대한 직무상 비밀보호의 기원은 프랑스혁명 직후 19세기 무렵으로 거슬러 올라간다. 그 권리적 측면의 보장은 “변호(방어)권의 자유(libre défense)”이라는 표현으로 상징되며, 형사사건에서 구금된 피의자의 방어권행사를 보장하기 위한 접근교통권 및 통신의 비밀 보장을 중심으로 발달하였다. 피의자와 그 변호사가 방어권을 행사하기 위하여 한 의사교환을 통하여 변호사가 알게 된 직무상 비밀을 수사기관이 침해하여 수집한 증거는 변호사 자신이 범죄에 가담하였거나 시도하려 한 때 같은 예외적인 경우를 제외하고는 무효라는 원칙이 확립되었다.

(2) 파기원 판결의 전개

이 같은 배경으로 인하여, 파기원(Cour de cassation)은 의뢰인에 대하여 수사 또는 소송 등 구체적인 사건이 계속된 이후에 그 변호사와 의뢰인 간에 행한 의사교환의 비밀에 대해서는 그 보호에 비교적 적극적인 입장을 보여 왔던 반면에, 구체적인 사건이 계속되기 전 또는 사건과 관련 없는 일상적인 자문 등 의사교환의 비밀에 대해서는 후술하듯 보호에 소극적인 태도를 보이기도 한다.

2. 법적 근거

가. 일반적 근거

(1) 프랑스 변호사법

변호사에게 보장되는 직무상 비밀의 정의는 프랑스 변호사법 제66-5조 제1항에

533) RIN 제2.1조의 다음 부분 참조: “le secret professionnel de l’avocat est d’ordre public. Il est général, absolu et illimité dans le temps.”

정의되어 있다. 동 조는 “자문 업무 또는 방어에 관한 업무를 불문하고 의뢰인으로부터 변호사에 대한 자문과 의뢰인에 대한 자문, 의뢰인과 변호사 간의 교신, 변호사 간의 교신, 회의 기록, 기타 일반적으로 소송기록의 모든 서면은 직무상의 비밀 보호 대상이 된다.”고 규정한다. 동 조항은 1997. 4. 7자 법률 제97-308호에 의해 개정 입법된 것으로서, 재판 이외 업무에서 변호사와 의뢰인 간 의사교환도 직무비밀에 포함된다는 점을 명기하기에 이르렀다. 그러나 후술하듯 파기원은 일상적 자문을 보호에서 제외한다.⁵³⁴⁾

상술한 프랑스 변호사법 제66-5조의 문언에는 직무상 비밀 보호가 변호사 또는 의뢰인의 권리로 명시되어 있지 않고, 변호사-의뢰인 간 의사교환의 비밀유지에 대해 권리성을 명시한 다른 일반적 근거규정도 없기 때문에, 그 권리성 여부가 명확하지 않은 면이 있다. 그러나 변호사에게 비밀유지는 단순한 의무를 넘어 변호사가 갖는 변호권(droit de la défense)의 하나로 기능하고 있다.⁵³⁵⁾ 이는 변호사의 비밀유지가 단순히 의뢰인을 보호해야 한다는 소극적인 의무에 기인한 것이 아니라 변호사의 비밀유지를 통하여 의사소통의 자유를 보호하고, 더 나아가 실질적인 변호권을 확보한다는 적극적인 권리실현도 포함하는 것으로 설명된다.

따라서 직무상 비밀(le secret professionnel)이라는 용어는 직무상 비밀유지의 무라는 용어와 달리, 변호사에게 인정되는 비밀유지의 권리성과 의무성의 겸유를 나타낸다는 설명도 있다.⁵³⁶⁾ 다만 변호권이라는 개념은 아직 구체적인 쟁송 절차에 연루되지 않아 구체적인 사건의 변호와 관련 없는 일상적 자문행위를 직무상 비밀 보호대상에서 제외하는 소극적 기능을 수행하는 측면도 있다.

(2) 헌법적 근거: 없음

프랑스 헌법상 변호사-의뢰인 간 비밀유지권에 관한 직접적 근거규정은 존재하지 않기 때문에, 헌법의 해석으로부터 이러한 권리를 도출할 수 있는가가 문제된 바 있다. 그러나 2015년 프랑스 헌법위원회(le Conseil constitutionnel)⁵³⁷⁾는 “어떤 헌법

534) Cass. crim., 22 mars 2016, n° 15-83.205.

535) Emmanuel JEULAND, DROIT PROCESSUEL GÉNÉRAL(4e édition), LGDJ(2018), 352; 최광선, “프랑스의 변호사 비밀유지의무”, 비교사법 통권 95호, 한국비교사법학회(2021), 138.

536) Thierry REVET, DÉONTOLOGIE de la profession d’Avocat(2021 édition), LGDJ(2020), 133-134.

조항도 변호사와 서신교환과 의사교환의 비밀에 관한 권리 및 취재원비닉권을 구체적으로 규정하지 않는다”라고 판시하여 변호사-의뢰인 간 의사교환의 비밀유지권을 프랑스 헌법상의 권리로 볼 수 없다고 결정하였다.⁵³⁸⁾

이후 파기원은 상기 헌법위원회 결정에 기반하여, 변호사가 행하는 활동을 변호권이 문제되는 사법활동과 그 외 자문활동으로 구분하고, 후자에 대하여 직무상 비밀에 의한 보호를 제한하는 판시를 내어놓았다.⁵³⁹⁾

이처럼 변호사와 의뢰인이 직무상 비밀을 근거로 보호받을 권리 자체가 헌법적인 권리로 인정되고 있지는 않으나, 프랑스의 입법자와 법조계는 그 직무상 비밀보장이 민주주의 실현을 위하여 법조직역에 부과된 필수적 기본 원칙이라는 관점에서,⁵⁴⁰⁾ 그 직무상 비밀이 갖는 권리성의 보장을 중요하게 다루고 있다. 다만 그러한 보장이 절대적인 보장을 의미하지는 않는다고 하며⁵⁴¹⁾ 현행법 역시 그러한 태도이다.⁵⁴²⁾

나. 구체적 입법의 필요성

(1) 입법의 필요성

프랑스에서도 변호사-의뢰인 간의 비밀 유지가 헌법적 권리로 인정되지 않기 때문에, 구체적인 권리로 인정되려면 입법이 필요한 것으로 이해된다. 이에 관하여 프랑스 형사소송법 개정 과정에서 하원에 제출된 입법 보고서 역시 직무상 비밀 보호를 위

537) 2010년부터 사후적 규범통제제도가 도입되어서 ‘프랑스 헌법재판소’라는 번역도 가능할 것으로 보이나, 일단 종래 통례에 따라 헌법위원회로 번역하였다.

538) Cons. const. 24 juill. 2015, n° 2015-478 QPC, French Data Network (Assoc.) et autres.

539) Cass. crim., 22 mars 2016, n° 15-83,205; “Ne peut invoquer le secret professionnel un avocat qui n’assure pas la défense de la personne placée sous surveillance, qui n’est ni mise en examen ou témoin assisté, ni même placée en garde vue dans la procédure en cours”.; M. STÉPHANE MAZARS(Député), RAPPORT FAIT AU NOM DE LA COMMISSION DES LOIS CONSTITUTIONNELLES, DE LA LÉGISLATION ET DE L’ADMINISTRATION GÉNÉRALE DE LA RÉPUBLIQUE, SUR LE PROJET DE LOI ORGANIQUE ET LE PROJET DE LOI, APRÈS ENGAGEMENT DE LA PROCÉDURE ACCÉLÉRÉE, pour la confiance dans l’institution judiciaire (nos 4091 et 4092), ASSEMBLÉE NATIONALE, Nos 4146 et 4147, (2021. 5.), 65.

540) Thierry REVET, DÉNTOLOGIE de la profession d’Avocat(2021 édition), LGDJ(2020), 155.

541) Thierry REVET, DÉNTOLOGIE de la profession d’Avocat(2021 édition), LGDJ(2020), 155.

542) 개정 형사소송법 입법과정에서 하원에 제출된 입법영향 보고서의 언급으로는, ÉTUDE D’IMPACT(PROJET DE LOI: Pour la confiance dans l’institution judiciaire) NOR: JUSX2107763L/Bleue-1, 13 avril 2021, 81(“En l’état du droit positif, le secret professionnel n’est pas absolu.”).

한 적절한 절차적 규율을 제정하여 보호범위를 결정하는 것이 전적으로 입법자의 몫임을 확인하고 있다.⁵⁴³⁾

(2) 구체적인 입법

변호사법 제66-5조에서 직무상 비밀의 보호를 규정하고 있는 이상, 이를 일반적 근거로 권리성을 인정하여 보호하면 충분하다고 볼 여지도 있다.

그러나 앞서 보았듯 직무상 비밀은 공공질서의 차원을 갖고 있는 것으로 설명되는 바, 사법절차, 특히 형사절차에서 공공질서의 명령에는 실체진실 발견의 필요성도 포함되므로, 직무상 비밀에 인정되는 일반적 권리 측면을 넘어 개별 법률에서 직무상 비밀 보호를 위한 특정한 절차적 보장을 부가한 구체적인 입법을 요하는 것으로 설명된다.⁵⁴⁴⁾

II. 직무상 비밀의 구체적 규율

1. 직무상 비밀에 관한 의무 및 권리: 주체 및 내용

가. 비밀유지의 주체

(1) 의무의 주체

우선 비밀유지의무의 주체는 변호사이다. 관련하여 사내변호사(juriste d'entreprise)에게 동 의무의 인정여부가 문제된다. 이들은 프랑스에서 변호사와 구별되는 별도 자격을 갖고 회사 등에 고용되어 일하며, 고용된 회사 등의 이익을 위하여 법률 자문을 제공할 수 있다. 이들은 변호사가 아니므로 송무를 수행할 수 없고 비밀유지의무도 인정되지 않는다. 한편 의뢰인은 비밀유지의무의 수혜자일 뿐이며 그 주체가 아니다.

543) M. STÉPHANE MAZARS(Député), RAPPORT FAIT AU NOM DE LA COMMISSION DES LOIS CONSTITUTIONNELLES, DE LA LÉGISLATION ET DE L'ADMINISTRATION GÉNÉRALE DE LA RÉPUBLIQUE, SUR LE PROJET DE LOI ORGANIQUE ET LE PROJET DE LOI, APRÈS ENGAGEMENT DE LA PROCÉDURE ACCÉLÉRÉE, pour la confiance dans l'institution judiciaire (nos 4091 et 4092), ASSEMBLÉE NATIONALE, Nos 4146 et 4147, (2021. 5.), 65.

544) 개정 형사소송법 입법과정에서 하원에 제출된 입법영향 보고서에도 이러한 취지가 제시되었다. ÉTUDE D'IMPACT(PROJET DE LOI: Pour la confiance dans l'institution judiciaire) NOR: JUSX2107763L /Bleue-1, 13 avril 2021, 81.

(2) 권리의 주체

비밀유지의 권리적 성격의 주체 역시 일차적으로 변호사이다. 또한 변호사를 포함함으로써 의뢰인도 보호를 받는 점에서 의뢰인은 간접적으로 보호를 받게 된다. 그러나 구체적인 사안 또는 절차에서 이러한 권리를 행사할 수 있는 주체 및 요건에 관하여는 앞서 보았듯 구체적인 입법이 필요할 것이다. 변호사에게 이러한 권리가 인정되는 경우에도 사내변호사는 변호사가 아니므로 그 권리를 행사할 수 없을 것이다.

나. 비밀의 내용 및 범위

비밀의 객관적 범위는 직무상 비밀에 의하여 보호되는 정보에 관계된다. RIN 제 2.2조는 비밀이 모든 사건에서 그 사건을 뒷받침하는 사항에도 적용되는 것으로 규정하고 있다. 그 대상은 아래와 같다.

- 변호사가 의뢰인에게 제공하거나 제공하려고 하는 자문
- 의뢰인과 변호사 사이, 변호사와 변호사 사이에 교환된 문서. 다만 공무에 관한 내용이 기재된 문서의 교환은 예외로 함
- 변호사가 직무 수행 중 수령한 면담기록 및 일반적인 소송기록, 모든 정보와 비밀
- 의뢰인의 성명과 변호사의 수첩
- 1971년 12월 31일 법률 제27조 제2항의 적용에 있어서 실행된 금전적 규범 및 본안에 관한 모든 관리
- 회계감사 또는 모든 제3자에 의하여 요청된 정보(변호사만 의뢰인에게 전달할 수 있는 정보)

다. 의사교환에 대한 비밀

(1) 일반론

프랑스 변호사법 제66-5조가 적용될 수 있는 사건에서 의뢰인과 변호사 간, 변호사와 그 동료 간에 이루어진 자료교환 일체는 직무상 비밀에 포섭될 수 있다.

(2) 유럽인권법원 및 유럽사법법원의 판례

변호사의 서신교환의 비밀유지는 유럽인권법원 및 유럽사법법원도 그에 대한 판

단을 내리고 있다.⁵⁴⁵⁾

1982년 5월 18일 유럽사법법원의 AMS & S. Europe c. Commission des Communautés européennes 사건 판결은 변호사와 의뢰인간의 서신교환의 비밀성 원칙을 언급하면서 변호사의 비밀유지 의무의 원칙을 간접적으로 실시하였다. 그 판결에서 법원은 유럽인권협약 제8조에 직무상 비밀을 연결시켜 다음과 같은 취지로 판시한다. ‘이 비밀성은 사건 당사자들이 완전히 자유롭게 변호사에게 송부할 수 있다는 원칙의 요청에 부합한다. 변호권의 범주에서 교환된 서신교환의 문제와 관련된 경우 변호사와 의뢰인간의 서신교환은 비밀성에 의하여 보호되는 것이다.’

2010년 9월 14일 유럽사법법원의 Akzo Nobel Chemicals Ltd et Akros Chemicals Ltd c. Commission européenne 사건⁵⁴⁶⁾에서도 비슷한 법리가 선고되었다. 비밀성은 변호사의 독립성 원칙에 기반을 둔다고 판시한 것이다. 유럽인권재판소도 이에 관하여 법리를 전개하고 있다. 직무상 비밀이 유효하고 변호사가 성실하게 변호하고 있는데 여러 가지 외부요소로 인하여 직무상 비밀이 침해된다면 이는 민주주의의 침해로 이어질 수 있다는 취지이다.

이에 대하여는 프랑스 학계도 비슷한 취지로 설명하고 있다. “직무상 비밀이란 단순히 변호사의 특권이 아니라 변호사의 의무이다. 민주주의에서 모든 사람은 비밀에 대하여 완벽히 안전하게 보호받도록 요청할 수 있다. 비밀을 취급하는 자는 위법행위에 가담하여서도 범죄나 불법행위를 은닉하여서도 아니 된다. 그러나 모든 개인은 충분한 조력을 받으며 자신의 희망, 우려 등을 털어 놓을 수 있어야 한다. 이러한 기본적인 자유가 없다면 민주주의도 성립할 수 없는 것이다.”⁵⁴⁷⁾

유럽인권법원은 인권협약 제8조를 통하여 변호사의 직무상 비밀의 기본적 성격 및 의뢰인과 변호사 사이의 의사교환의 문제에 관하여 비밀성 쟁점을 법리상 특권의 지

545) 이하 판결 내용 소개는 최광선, “프랑스의 변호사 비밀유지의무”, 비교사법 통권 제95호, 한국비교사법학회(2021), 141 이하 참조.

546) 제3장 제7절 III. 3. 참조.

547) Charrière-BOURNAZEL, “Le secret professionnel à nouveau en péril – À propos de l’arrêt de la Cour de cassation du 16 oct. 2012”, Éditorial du Prédient(13 nov. 2012) 2; 최광선, “프랑스의 변호사 비밀유지의무”, 비교사법 통권 제95호, 한국비교사법학회(2021), 141에서 재인용.

위를 누리도록 승인하고 발전시켰다. 유럽인권법원은 2012년 12월 6일 선고한 Michaud 판결에서 다음과 같은 취지로 실시하였다.

“유엔인권협약 제8조가 개인 간의 모든 서신교환의 비밀을 보호한다면, 의뢰인과 변호사 사이의 교환에 대하여는 강화된 보호가 필요하다. 변호사가 민주사회에서 사건 당사자의 보호라는 기본적인 직무를 수여받았다는 점을 보면 알 수 있다. 변호사는 그가 변호하는 당사자에 대하여 의뢰인과 변호사의 의사교환이 비밀이 되도록 보장할 수 없다면 이러한 직무를 제대로 수행할 수 없다. 이러한 비밀의 보장은 직무를 수행하는데 필요한 신뢰관계를 형성한다고 할 수 있다. 이는 모든 피고인이 갖는 자기부죄특권을 포함하고 있다는 점을 보면 형평법적 절차 측면에서 당사자의 권리를 존중한다는 의미를 갖는다.”⁵⁴⁸⁾

유럽연합 회원국이 불법적인 자금세탁, 마약거래 및 국제적인 테러에 대한 자금추적에 대한 대처를 할 때에도 유럽인권재판소는 이와 같은 법원리에 의하여 비밀유지에 관한 원칙을 적용하고 있다.

2. 비밀유지의무 및 권리의 예외

가. 비밀유지의무의 예외

일정한 경우 변호사가 부담하는 비밀유지의무에 예외가 인정된다. 법률에 의하여 일정한 비밀사항에 대한 공개가 허용되거나 적극적으로 공개할 의무가 부과된 경우(공공계약, 납세의무, 재산의 수탁자인 변호사, 자금세탁 관련 쟁송, 등), 변호사가 변호하기 위한 공개, 표현의 자유에 의하여 보호되는 등 경우에 예외가 인정된다.

자금세탁에 연루된 혐의 있는 거래와 관련하여서는 일정한 경우 변호사가 의뢰인 및 거래에 관한 여러 사항에 관하여 변호사협회 회장에게 소명할 것이 요구된다. 유럽인권재판소는 2012년 12월 6일 판결로 이러한 자금세탁 방지장치를 유효하다고 판시한 바 있다.⁵⁴⁹⁾

548) 번역은 최광선, “프랑스의 변호사 비밀유지의무”, 비교사법 통권 제95호, 한국비교사법학회(2021), 142.
549) ECtHR, Michaud v. France., 12323/11, 6 dec 2012.

나. 비밀유지권의 예외

형사소송법에 따른 강제처분, 예컨대 변호사 사무실 또는 주거에 대한 수색이 그 의뢰인의 방어권을 침해하는 경우에는 허용될 수 없음이 확립되어 왔고, 다만 변호사가 범죄에 가담하였거나 시도한 경우 등에는 방어권에 관계가 없다고 보아 판례에 의하여 예외가 인정되어 왔다.⁵⁵⁰⁾ 2022. 3. 1.부터 시행되는 개정 형사소송법 제56-1조 제1항은 이러한 예외를 명문으로 규정하고 있다.

III. 형사소송법상 변호사에 대한 직무상 비밀의 보호

1. 규제체계 개관

변호사가 취급하는 직무상 비밀을 보호하는 프랑스 형사소송법의 규율은 크게 1) 증언거부권을 인정하는 것과 2) 변호사에 대한 강제수사를 규제하는 것으로 구분할 수 있다. 후자는 다시 압수수색에 대한 규제 및 감청 등 다른 강제처분에 관한 규제로 구분된다.⁵⁵¹⁾

2. 형사소송법 제109조 등: 직무상 비밀과 증언거부권

가. 근거규정

예심판사가 예심 수사단계에서 주재하는 증인신문에 대하여는 형사소송법 제109조 제1항,⁵⁵²⁾ 공판 단계에서 증인신문에 대하여는 중죄법원의 경우 형사소송법 제326조 제2항,⁵⁵³⁾ 경죄법원의 경우 제437조 제1항⁵⁵⁴⁾에 각 근거하여, 형법 제226-13조에

550) Cass. Crim, 12 mars 1992, n° 91-86843; Cass. Crim, 7 mars 1994, n° 93-84931 등.

551) 프랑스의 경우 우리와 달리 압수수색 외 감청 등 다양한 대물적 강제처분을 형사소송법에서 규율한다.

552) 프랑스 형사소송법 제109조 ① 예심에서 증인신문을 위하여 증인으로 소환된 자는 누구든 출석하여 선서하고, 진술을 하여야 한다. 단, 형법 제226-13조 및 제226-14조가 적용되는 경우에는 그러하지 아니하다.

553) 프랑스 형사소송법 제326조 ② 어느 경우에도, 법원은 출석하지 아니하거나 선서 또는 증언을 거부한 증인에 대하여 검사의 청구에 따라 3,750유로 이하의 벌금에 처할 수 있다. 모든 증인은 아는 바에 따라 진술하여야 하며 단, 형법 제226-14조 및 제226-13조가 적용되는 경우 및 기자인 증인이 취재에서 수집한 정보의 취재원에 대해서는 그러하지 아니하다.

554) 프랑스 형사소송법 제437조 ① 증인으로 소환된 자는 형법 제226-13조 및 제116-14조의 규정에 의하여 출석, 선서 및 증언하여야 한다.

따라 직무상 비밀을 누설한 때 처벌되는 자, 즉 업무상 비밀누설죄의 주체가 증인으로 출석한 경우에는 증언을 거부할 수 있다.

나. 특징

상술한 증언거부권의 근거규정들은 모두 프랑스 형법 제226-13조⁵⁵⁵⁾에 따른 업무상 비밀누설죄의 주체에 대하여 증언거부권을 인정하고 있다. 그런데 형법 제226-13조는 그 주체를 한정적으로 열거하지 않고 “신분, 직업 등...으로 인하여 비밀을 보유하는 자”라고 하여 포괄적으로 규정하기 때문에, 증언거부권에 의한 직무상 비밀의 보호는 변호사에게만 부여되는 것이 아니며 변호사는 다른 직무상 비밀의 주체와 함께 보호된다. 결국 그 주체는 형법 제226-13조의 해석에 의하여 결정된다.

3. 직무상 비밀에 대한 강제수사 규제

가. 강제수사 규제 개관

(1) 일반론

프랑스 형사소송법에는 변호사를 상대로 한 강제수사를 특별히 규율하는 조항들이 마련되어 있다. 이러한 조항이 포함된 관련 규제는 압수수색에 대한 규제(형사소송법 제56-1조 이하), 통신감청에 대한 규제(형사소송법 제100조 이하⁵⁵⁶⁾), 특수수사기법에 대한 규제(형사소송법 제706-96조, 제706-102-1조 등⁵⁵⁷⁾) 등을 들 수 있다. 이들 중 특히 압수수색에 관한 규제는 변호사를 비롯하여 직무상 비밀을 취급하는 다양한 주체들에 대한 압수수색을 규제하는 내용을 담고 있다.

직무상 비밀사항에 대한 압수수색의 규제는 상술한 직무상 비밀사항에 관하여 인정되는 증언거부권의 실효성을 그 보다 앞선 단계에서 보장하는 의미가 있다. 다만 증언거부권에서 직무상 비밀의 주체가 포괄적으로 규정된 것과 달리, 압수수색에 대한 규제에서는 직무상 비밀의 취급주체인 각 직업에 따라 별도의 조항에 의하여 서로 다른

555) 프랑스 형사소송법 제226-13조 신분 또는 직업상의 이유에 의하거나 직무 또는 일시적 임무로 인하여 비밀을 보유하는 자가 이를 누설하는 때에는 1년의 구금형 및 15,000유로의 벌금에 처한다.

556) 변호사에 대한 통신감청 규제는 제100-5조 제3항, 제100-7조에서 규정한다.

557) 변호사에 대한 규제는 제706-96-1조, 제706-102-5조와 관련된다.

내용을 규정하고 있다.

(2) 직무상 비밀에 대한 압수수색 규제의 내용

일반적인 압수수색절차에 대해서는 형사소송법 제56조에 의하여 규율되나, 직무상 비밀사항이 담긴 물건 또는 서류에 대한 압수수색은 그 주체에 따라서 아래와 같이 별도로 규율된다.

- 변호사 사무실 또는 주거에 대한 압수수색에 관한 제56-1조
- 언론인(기자)의 취재원비닉권과 언론사 내 압수수색에 관한 제56-2조
- 의사, 공증인 또는 집행관 사무실 등에서 의료기밀 등 수사에 관한 제56-3조
- 법령에 따라 국가안보 관련 기밀보관 장소에서 하는 압수수색에 관한 제56-4조
- 법원 구내 또는 사법 기능 수행자의 주거에서 하는 압수수색에 관한 제56조의5

이하에서는 항을 바꾸어 변호사 사무실 또는 주거에 대한 압수수색에 관한 제56-1조를 살펴보기로 한다.

4. 형사소송법 제56-1조: 변호사에 대한 압수수색 규제

가. 서설

프랑스 형사소송법 제56-1조⁵⁵⁸⁾ 및 제96조⁵⁵⁹⁾는 변호사 사무실 또는 주거에 대

558) 원문은 아래와 같다.

Article 56-1 Version en vigueur du 01 janvier 2020 au 01 mars 2022

- (1) Les perquisitions dans le cabinet d'un avocat ou à son domicile ne peuvent être effectuées que par un magistrat et en présence du bâtonnier ou de son délégué, à la suite d'une décision écrite et motivée prise par ce magistrat, qui indique la nature de l'infraction ou des infractions sur lesquelles portent les investigations, les raisons justifiant la perquisition et l'objet de celle-ci. Le contenu de cette décision est porté dès le début de la perquisition à la connaissance du bâtonnier ou de son délégué par le magistrat. Celui-ci et le bâtonnier ou son délégué ont seuls le droit de consulter ou de prendre connaissance des documents ou des objets se trouvant sur les lieux préalablement à leur éventuelle saisie. Aucune saisie ne peut concerner des documents ou des objets relatifs à d'autres infractions que celles mentionnées dans la décision précitée. Les dispositions du présent alinéa sont édictées à peine de nullité.
- (2) Le magistrat qui effectue la perquisition veille à ce que les investigations conduites ne portent pas atteinte au libre exercice de la profession d'avocat.
- (3) Le bâtonnier ou son délégué peut s'opposer à la saisie d'un document ou d'un objet s'il estime que cette saisie serait irrégulière. Le document ou l'objet doit alors être placé sous scellé

하여 예비수사 단계에서 또는 예심 단계에서 수행되는 압수수색의 경우에 직무상 비밀에 대한 침해로부터 변호사 및 그 의뢰인을 보호하기 위한 특수한 규제를 마련하고 있다. 프랑스 형사소송법(2021. 12. 22. 자 사법신뢰법 제3조에 의해 개정되기 전의 것) 제56-1조의 원문을 번역, 소개하면 아래와 같다.

프랑스 형사소송법 제56-1조 ① 변호사 사무실 또는 주거에 대한 압수·수색은 오직 수사대상인 하나 또는 수 개의 혐의사실의 성격, 압수·수색을 정당화하는 이유 및 압수·수색의 대상이 기재된, 사법관이 이유를 기재하여 서면으로 한 결정에 따라 변호사협회장이거나 그 대리인의 입회하에 그 결정을 한 사법관에 의해서만 집행될 수 있다. 사법관은

fermé. Ces opérations font l'objet d'un procès-verbal mentionnant les objections du bâtonnier ou de son délégué, qui n'est pas joint au dossier de la procédure. Si d'autres documents ou d'autres objets ont été saisis au cours de la perquisition sans soulever de contestation, ce procès-verbal est distinct de celui prévu par l'article 57. Ce procès-verbal ainsi que le document ou l'objet placé sous scellé fermé sont transmis sans délai au juge des libertés et de la détention, avec l'original ou une copie du dossier de la procédure.

- (4) Dans les cinq jours de la réception de ces pièces, le juge des libertés et de la détention statue sur la contestation par ordonnance motivée non susceptible de recours.
 - (5) A cette fin, il entend le magistrat qui a procédé à la perquisition et, le cas échéant, le procureur de la République, ainsi que l'avocat au cabinet ou au domicile duquel elle a été effectuée et le bâtonnier ou son délégué. Il peut ouvrir le scellé en présence de ces personnes.
 - (6) S'il estime qu'il n'y a pas lieu à saisir le document ou l'objet, le juge des libertés et de la détention ordonne sa restitution immédiate, ainsi que la destruction du procès-verbal des opérations et, le cas échéant, la cancellation de toute référence à ce document, à son contenu ou à cet objet qui figurerait dans le dossier de la procédure.
 - (7) Dans le cas contraire, il ordonne le versement du scellé et du procès-verbal au dossier de la procédure. Cette décision n'exclut pas la possibilité ultérieure pour les parties de demander la nullité de la saisie devant, selon les cas, la juridiction de jugement ou la chambre de l'instruction.
 - (8) Les dispositions du présent article sont également applicables aux perquisitions effectuées dans les locaux de l'ordre des avocats ou des caisses de règlement pécuniaire des avocats. Dans ce cas, les attributions confiées au juge des libertés et de la détention sont exercées par le président du tribunal judiciaire qui doit être préalablement avisé de la perquisition. Il en est de même en cas de perquisition au cabinet ou au domicile du bâtonnier.
 - (9) Les dispositions du présent article sont également applicables aux perquisitions ou visites domiciliaires effectuées, sur le fondement d'autres codes ou de lois spéciales, dans le cabinet d'un avocat ou à son domicile ou dans les locaux mentionnés à l'avant-dernier alinéa.
- 559) **프랑스 형사소송법 제96조 ①** 예심수사피의자 이외의 자의 주거에서 수색을 하는 때에는, 주거권자를 불러 입회하도록 한다. 그 자가 그곳에 있지 아니한 때 또는 입회를 거부한 때에는, 그곳에 있는 혈족 또는 인척 2인의 입회하에, 친족도 없는 경우에는 2인의 참관인의 입회하에 수색한다.
- ② 예심판사는 제57조 제2항 및 제59조의 규정을 준수하여야 한다.
 - ③ 예심판사는 미리 직무상 비밀유지와 방어권 보장을 위하여 필요한 모든 조치를 취하여야 한다.
 - ④ 제56-1조, 제56-2조, 제56-3조의 규정은 예심판사가 행하는 압수수색에 준용한다.

압수·수색을 개시할 때부터 결정의 내용을 변호사협회장 또는 그 대리인에게 고지하여야 한다. 사법관과 변호사협회장 또는 그 대리인만이 압수·수색과정에서 그 사무실 또는 주거 내에서 발견된 물건 또는 서류를 열람할 수 있다. 결정문에 적시된 혐의사실 외에 다른 혐의사실에 관련된 물건 또는 서류에 대한 압수·수색은 허용될 수 없다. 본조에 위반한 압수·수색은 이를 무효로 한다.

② 압수·수색을 집행하는 사법관은 그로 인하여 변호사의 자유로운 업무수행이 방해받지 않도록 주의한다.

③ 변호사협회장과 그 대리인은 물건 또는 서류에 대한 압수·수색이 위법하다고 판단되는 경우 그에 대하여 이의를 신청할 수 있다. 이 경우 그 물건 또는 서류는 봉인된다. 이 일련의 과정은 변호사협회장 또는 그 대리인의 이의제기에 관한 조서에 기재되어야 하고, 이 조서는 수사기록에 편철하지 않는다. 만약 압수·수색 과정에서 이의제기 없이 혐의사실과 관련 없는 다른 물건 또는 문서가 압수된 때에는 이 조서는 제57조의 조서와 구별한다. 이 조서는 봉인된 물건 또는 서류, 수사기록 원본 또는 사본 1부와 함께 지체 없이 석방구금판사에게 송부하여야 한다.

④ 전항의 조서, 봉인된 물건 또는 서류 및 수사기록 원본 또는 사본을 접수한 날부터 5일 이내에 석방구금판사는 이유를 기재한 결정으로 제3항의 이의신청에 대하여 재판하고, 이 결정에 대해서는 불복할 수 없다.

⑤ 이를 위해서 석방구금판사는 수색을 집행한 사법관, 경우에 따라서는 검사, 나아가 사무실이나 주거에 대한 수색을 받은 변호사, 집행에 입회한 변호사협회장 또는 그 대리인을 심문한다. 석방구금판사는 이들의 입회하에 봉인된 압수물을 개봉할 수 있다.

⑥ 석방구금판사는 물건 또는 서류를 압수할 필요가 없다고 인정하면, 즉시 물건 또는 서류의 원상회복, 이의신청의 일련의 과정이 기재된 조서의 폐기, 그리고 필요한 경우 수사기록에 나타난 물건, 서류 또는 그 내용 자체에 대한 일체의 언급을 삭제하도록 결정할 수 있다.

⑦ 그렇지 않은 경우에는 수사기록에 봉인된 압수물과 조서를 편철할 것을 결정한다. 하지만 이 결정에 불구하고 당사자는 판결법원이나 고등법원 예심부에 압수의 무효를 주장할 수 있다.

⑧ 본 조의 규정은 변호사협회장이나 변호사공제회 또는 변호사협회에 대한 압수·수색에도 적용하며, 이 경우 본 조에 따라 석방구금판사에게 부여된 권한은 지방법원장이 행

사하고, 압수·수색에 앞서 그의 의견을 들어야 한다. 변호사협회장의 사무실 또는 주거에 대한 압수수색에 대해서도 또한 같다.

⑨ 본 조의 규정은 다른 일반법이나 특별법에 따라 수행되는 변호사 사무실 또는 주거나 전향에 언급된 사무실 또는 주거에 대한 압수·수색에 대해서도 마찬가지로 적용된다.

나. 변호권 관련 자료의 압수수색 금지

상기 조항 및 파기원 판례⁵⁶⁰⁾에 의할 때 변호사 사무실을 압수수색할 때 직무상 비밀로 보호되는 문서들이 특정 절차에서 방어를 수행하기 위한 변호권(droit de la défense)과 관련된 때에는 그 압수가 금지된다. 그러나 이는 반대로 직무상 비밀로 보호되는 문서 등의 자료라도 변호권 또는 방어권에 관계가 없는 때에는 압수수색이 허용될 수 있음을 의미하는 한계가 있다.

다. 압수수색의 허용: 변호권과 무관한 경우

형사절차의 경우에 예컨대 의뢰인이 형사절차에 연루되기 이전 또는 형사절차가 문제되지 않아 변호권 행사와 관련 없는 일상적인 상태에서 변호사가 수행한, 변호권에 포함되지 않는 직업활동에 관련된 문서는 직무상 비밀의 범위에 포함되더라도 압수대상이 될 수 있다.⁵⁶¹⁾ 따라서 의뢰인이 형사절차와 무관한 상태에서 진행된 일반적인 자문 활동은 압수금지에 의한 보호를 받지 못하고 수색 및 압수 대상이 될 수 있다.⁵⁶²⁾

또한 압수대상물(les éléments)이 변호사가 형사범죄에 관여했을 가능성을 입증할 수 있는 경우에는 변호권 또는 방어권과 별다른 관련이 없다고 보아 압수수색이 허

560) Cass. crim., 5 juin 1975, n° 74-92.792 등.

561) M. STÉPHANE MAZARS(Député), RAPPORT FAIT AU NOM DE LA COMMISSION DES LOIS CONSTITUTIONNELLES, DE LA LÉGISLATION ET DE L'ADMINISTRATION GÉNÉRALE DE LA RÉPUBLIQUE, SUR LE PROJET DE LOI ORGANIQUE ET LE PROJET DE LOI, APRÈS ENGAGEMENT DE LA PROCÉDURE ACCÉLÉRÉE, pour la confiance dans l'institution judiciaire (nos 4091 et 4092), ASSEMBLÉE NATIONALE, Nos 4146 et 4147, (2021, 5.), p.63.

562) Cass. crim., 9 février 1988, n° 87-82.709("si en vertu du principe de la libre défense qui domine la procédure pénale, les correspondances adressées par les inculpés, prévenus ou accusés à leurs conseils, sont couvertes par le secret et échappent à toute saisie, il en va autrement lorsqu'il s'agit d'écrits n'ayant pas trait à une poursuite pénale").

용된다.⁵⁶³⁾ 이는 변호사와 의뢰인 간 의사교환의 비밀보장에 대한 제한이 비례성을 충족하는 때에 허용될 수 있다는 관점에서 설명되기도 한다.⁵⁶⁴⁾

다만 예외의 인정대상인 문서나 물건은 다른 증거 없이 오직 그 자체로 변호사에 부과된 범죄혐의를 드러낼 수 있는 것이어야 한다. 이에 의하면 압수의 적법성은 압수된 자료의 내용에 달려 있다고 할 수 있는바, 대상 자료들이 본질적으로 변호사가 주범 또는 공범으로 죄를 범했거나, 또는 그 의뢰인이 한 것으로 보이는 범죄에 관여한 사실을 드러내는 때에 압수거부에 의한 비밀보호의 예외가 인정될 수 있다.⁵⁶⁵⁾

라. 압수수색 절차의 규제

압수수색의 절차 측면에 대한 규제는 위 제56-1조의 핵심이다. 이는 아래 세 가지 사항을 큰 특징으로 한다.

- 예비수사 또는 예심 단계에서 일반적인 압수수색이 사법경찰관에 의하는 반면, 변호사 사무실 또는 주거에 대한 압수수색은 사법경찰관이 할 수 없고, 오직 프랑스 내 판사 또는 검사 자격이 인정되는 사법관(magistrat)만이 수행할 수 있다.⁵⁶⁶⁾
- 변호사 사무실 또는 주거에 대하여 수행되는 사법관에 의한 수색은 그 사법관이 내리는 서면의, 특정되고 이유가 부기된 결정에 따라서만 수행되나, 일반적인 압수수색에는 이를 요하지 않는다.
- 압수수색을 결정한 사법관은 그 집행에 앞서 사전에 변호사협회장에게 그 결정 내용을 통보하여야 하며, 압수수색은 그 개시 시부터 변호사협회장 또는 그 대리인이 현장에 입회한 상태에서 집행되어야 한다.

한편 의뢰인의 방어권을 침해하는 물건, 서류 등이 압수되는 등 압수수색의 위법을 이유로 입회한 변호사협회장 등이 불복을 제기할 수 있다(제56조 제3항 제1문). 이 불복 시 압수물은 봉인되어 관련 서류 등과 함께 석방구금판사(juge des libertés et

563) Cass, crim., 4 oct, 2016, n° 16-82308; Cass, crim., 9 janv. 2016, n° 15-81041.

564) ECtHR, Michaud v. France., 12323/11, 6 dec 2012.

565) Thierry REVET, DÉNTOLOGIE de la profession d'Avocat(2021 édition), LGDJ(2020), 155.

566) 예비수사 단계에서는 검사가, 예심 단계에서는 예심판사가 수행한다.

de la détention)에게 제출되며(동 조 제3항 제2문 및 제5문), 석방구금판사는 이들을 접수받은 날부터 5일 이내에 이유를 명시한 결정으로 이를 판단한다. 다만 석방구금판사가 한 결정에 대해서는 불복할 수 없다(동 조 제4항). 불복을 인용하는 경우 즉시 원상회복, 조서의 폐기, 필요한 경우 기록 중 관련 내용의 삭제 등을 결정할 수 있다(동 조 제6항).

이 같은 봉인 관련 절차는 업무상 비밀을 취급하는 개별 주체들에 대하여 그 특성에 따라 규정 여부와 정도를 달리하고 있다.⁵⁶⁷⁾

IV. 개정 형사소송법(2022. 3. 1. 시행 사법신뢰법 제3조)

1. 개정 배경

수사상 강제처분을 통하여 변호사로부터 수집한, 직무상 비밀로 보호될 가능성이 있는 증거에 의하여 유죄판결이 선고된 일련의 사건을 계기로, 프랑스에서는 변호사에 대한 직무상 비밀 보호를 강화하려는 논의가 촉발되었다. 그 일환으로서 위 제56-1조의 개정 및 보호 강화를 위한 56-1-1조 신설 등의 내용을 담은 사법신뢰법 입법안(PROJET DE LOI CONFIANCE DANS L'INSTITUTION JUDICIAIRE)이 2021년에 프랑스 국회에 상정되어 본격적으로 논의되었고, 진통을 거친 끝에⁵⁶⁸⁾ 하원 및 상원에서 의결됨으로써 개정된 형사소송법 제56-1조가 2022. 3. 1.부터 시행 중에 있다.

2. 주요 내용: 형사소송법 서조 및 제56-1조 개정, 제56-1-1조 등 신설

가. 형사소송법 서조 개정

사법신뢰법 제3조가 규정한 형사소송법 개정법률은, 우선 기존에 프랑스 변호사법 제66-5조에 규정되어 있던, 변호사에게 인정되는 직무상 비밀 보호를 형사소송법

567) 프랑스 형사소송법 제56-1조부터 제56-5조 참조.

568) Pierre Januel, "Secret de l'avocat: colère des avocats, étonnement des parlementaires", Dalloz actualité (2021.10.27) 등 참조.

서조에 동일하게 인용하여 형사절차의 지도원리로 규정하고 있다.

나. 형사소송법 제56-1조 개정

다음으로, 상술한 제56-1조에 대해 그 적용요건을 종래보다 명확히 규정하고 압수수색의 통제를 강화하였다. 주요 내용은 아래와 같다.⁵⁶⁹⁾

(1) 사법관이 이유를 기재하여 행하는 압수수색결정에 혐의사실의 성격 및 중대성 관점에서 판단된 비례성 충족여부(proportionnalité au regard de la nature et de la gravité des faits)를 명시하게 하였다(같은 조 제1항 제1문).

(2) 변호사가 범죄에 관여하였음을 이유로 압수수색을 허용할 때에 주범/공범으로 죄를 범했거나 시도한 그럴듯한 혐의(raisons plausibles)가 있을 것을 요구하여 직무상 비밀보호의 예외사유를 보다 명확히 하였다(같은 조 제1항 제3문).

(3) 특히 종래 사법관의 압수수색에 대한 이의에 대하여 석방구급판사가 한 결정에 불복할 수 없게 한 것을 개정하여 그 결정으로부터 24시간 내 항소법원 수석부장판사에게 서면으로 불복할 수 있도록 절차를 개선하였다. 석방구급판사가 한 결정에 대한 불복에는 압수집행을 정지하는 효력이 인정된다(같은 조 제5항).⁵⁷⁰⁾

다. 형사소송법 제56-1-1조 및 제56-1-2조 신설

한편 제56-1-1조⁵⁷¹⁾의 신설은 변호사를 대상으로 한 보호의 성격을 갖던 종래의 규율내용에 더하여 일정한 의사교환 자체를 보호대상에 포함하도록 보호의 범위를

569) 이하 개정내용에 관한 상세는 Cédric Porteron, “Le secret professionnel de la défense et du conseil : une consécration singulière et des incertitudes à venir”, AJ Pénal(2022), 19 이하 참조.

570) M. STÉPHANE MAZARS(Député), RAPPORT FAIT AU NOM DE LA COMMISSION DES LOIS CONSTITUTIONNELLES, DE LA LÉGISLATION ET DE L'ADMINISTRATION GÉNÉRALE DE LA RÉPUBLIQUE, SUR LE PROJET DE LOI ORGANIQUE ET LE PROJET DE LOI, APRÈS ENGAGEMENT DE LA PROCÉDURE ACCÉLÉRÉE, pour la confiance dans l'institution judiciaire (nos 4091 et 4092), ASSEMBLÉE NATIONALE, Nos 4146 et 4147, (2021. 5.). p.67-68.

571) 원문은 다음과 같다.

Article 56-1-1 Modifié par LOI n° 2021-1729 du 22 décembre 2021 - art. 3

Lorsque, à l'occasion d'une perquisition dans un lieu autre que ceux mentionnés à l'article 56-1, il est découvert un document mentionné au deuxième alinéa du même article 56-1, la personne chez qui il est procédé à ces opérations peut s'opposer à la saisie de ce document. Le document doit alors être placé sous scellé fermé et faire l'objet d'un procès-verbal distinct de celui prévu à l'article 57. Ce procès-verbal ainsi que le document placé sous scellé fermé est transmis sans délai au juge des libertés et de la détention, avec l'original ou une copie du dossier de la procédure. Les quatrième à neuvième alinéas de l'article 56-1 sont alors applicables.

확대한 것으로 특히 주목된다. 동 조는 변호사 사무실 외의 장소, 즉 의뢰인 또는 제3자의 장소에 대한 압수수색을 통해 발견된 서류, 물건이 변호사에 대한 직무상 비밀의 보호대상에 포함되는 경우에 압수수색을 받는 의뢰인 또는 제3자가 압수수색에 이의할 수 있도록 하고, 그 경우 제56-1조 제4항부터 제9항까지의 압수수색 불복절차가 적용되는 것으로 규정하여, 종래 변호사 사무실, 주거 등에 대하여만 적용되었던 압수수색 시 직무상 비밀보호를 크게 확장하고 있다. 다만 변호권과 무관한 단순 자문에 있어서 탈세, 뇌물 등 부패 범죄를 비롯한 특정 범죄의 경우 이러한 보호의 예외가 인정된다(제56-1-2조⁵⁷²⁾).

V. 평가

직무상 비밀보호의 관점에서 공판 단계에서 증거거부권을 인정하는 이외에 변호사를 대상으로 하는 압수수색 등 강제수사를 규제하는 프랑스의 법제는 같은 대륙법계 국가인 독일과 체계상 유사한 측면이 있다.

그러나 독일과 달리 압수수색 단계에서 직무상 비밀침해를 이유로 그 집행 자체를 다투는 불복절차를 형사소송법에 명시적으로 규정하여 조기에 그 침해를 다룰 수 있도록 명확히 함으로써, 기밀 침해를 사전에, 적시에 규제받을 수 있도록 한 것이 프랑스 제도의 가장 큰 특색이다. 2022. 3. 1.부터 시행되는 개정 형사소송법 제56-1-1조가 신설되어, 대륙법적 관점에서 변호사를 대상으로 한 보호의 성격을 갖던 종래의 규율 내용에 더하여, 일정한 의사교환 자체를 비밀유지의 보호대상으로 하는 영미법적 관점을 가미하여 형사소송법상 직무상 비밀보호의 범위를 확대한 것도 특히 주목된다.

572) 원문은 다음과 같다.

Article 56-1-2 Modifié par LOI n° 2021-1729 du 22 décembre 2021 - art. 3

Dans les cas prévus aux articles 56-1 et 56-1-1, sans préjudice des prérogatives du bâtonnier ou de son délégué prévues à l'article 56-1 et des droits de la personne perquisitionnée prévus à l'article 56-1-1, le secret professionnel du conseil n'est pas opposable aux mesures d'enquête ou d'instruction lorsque celles-ci sont relatives aux infractions mentionnées aux articles 1741 et 1743 du code général des impôts et aux articles 421-2-2, 433-1, 433-2 et 435-1 à 435-10 du code pénal ainsi qu'au blanchiment de ces délits, sous réserve que les consultations, correspondances ou pièces détenues ou transmises par l'avocat ou son client établissent la preuve de leur utilisation aux fins de commettre ou de faciliter la commission desdites infractions.

한편 이러한 불복절차를 직무상 비밀을 취급하는 다양한 주체들의 특색을 고려하여 각기 다른 조항으로 규율하는 것도 주목된다. 직무상 비밀로 인한 증언거부권에 대하여 그 주체를 포괄적으로 규율하면서도 압수수색 절차에 대하여 각 주체에 따른 개별 규제 및 불복절차를 규정하는 이러한 규율체계는 우리 입법론에도 참고가 될 수 있다.

제5절 캐나다의 변호사-의뢰인 특권



I. 서설: 변호사-의뢰인 특권의 인정

캐나다에서는 다른 영미법계 국가들과 유사하게 커먼로의 전통에 따라 변호사-의뢰인 특권(solicitor-client privilege)이 인정된다. 특히 캐나다에서 이 특권은 증거법상 규칙의 차원을 넘어서, 캐나다 헌법 제7조⁵⁷³⁾에 따라 보호되는 기본적인 정의의 원칙의 하나로 확립되어 있다.

이 취지에서 캐나다 연방대법원은 2002년 이른바 Lavallee 판결⁵⁷⁴⁾에서 이 특권이 기본적 정의의 원칙이면서 가장 중요한 시민의 권리임을 천명한바 있고⁵⁷⁵⁾ 특권에 대한 보호절차의 미비가 위헌사유임을 명시적으로 실시하고 있다. 이하에서는 캐나다법상 변호사-의뢰인 특권에 관한 상세한 논의를 생략하되, 수사기관의 압수수색 과정에서 특권행사를 위한 절차적 보장의 중요성을 다룬 Lavallee판결의 내용과 그 시사점에 중점을 두어 검토한다.

II. 특권 행사를 위한 절차적 보장

1. 절차적 보장의 중요성

가. 특권 행사 절차에 관한 규율

캐나다에서 변호사-의뢰인 특권은 형사절차상 수사기관의 압수·수색 과정에서

573) 1982년 캐나다 헌법 제7조(사람의 생명, 자유 및 안전) 모든 사람은 사람의 생명, 자유 및 안전에 대한 권리를 가지며 기본적 정의의 원칙을 따르는 경우가 아닌 한, 권리를 박탈당하지 않는다.

574) Lavallee, Rackel & Heintz v. Canada (Attorney General); White, Ottenheimer & Baker v. Canada (Attorney General); R. v. Fink, 2002 SCC 61.

575) Adam Dodek, "Solicitor-Client Privilege in Canada: Challenges for the 21st Century", Discussion Paper for the Canadian Bar Association (2011); 한편 Lavallee 판결 이전의 Smith 판결 (R. v. Cunningham, 2010 SCC 10)에서는 변호사의 비밀유지특권의 적용을 받는 의사소통의 내용을 공개하는 것은 가능한 한 최대한으로 제한되어야 한다고 실시된 바 있다.

도 보장된다. 구 캐나다 형사법은 프랑스 형사소송법과 유사하게 수사기관의 변호사 사무실 등에 대한 압수수색 과정에서 동 특권의 행사절차 및 분쟁해결절차에 관한 명문의 규정을 두고 있었다.

나. 특권행사를 위한 절차적 보장의 미비: 위헌

이하 소개할 Lavallee 판결은 구 캐나다 형사법의 규율내용이 압수수색 과정에서 변호사-의뢰인 특권 보호를 위한 충분한 절차적 보장을 제공하고 있지 못하다고 보았고, 이러한 절차적 미비를 불합리한 압수수색으로부터 보호받을 권리를 규정한 캐나다 헌법 제8조에 반하는 위헌사유로 판단하였다. 이는 수사기관의 압수수색과 변호사-의뢰인 특권의 보호에 관하여 판시한 가장 대표적인 판결이라고 할 수 있다.

2. 연방대법원의 Lavallee 판결

가. 의의

캐나다 연방대법원은 동 판결에서 수사기관의 변호사 사무실 등에 대한 압수·수색과정에서 획득된 자료의 특권 보호 여부 및 최종 압수 가부에 관한 법원의 판단 절차를 규정한 캐나다 형법 제488.1조(Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46)가 캐나다 헌법 제8조⁵⁷⁶⁾를 위반한 위헌적 규정이라고 판단하였다.⁵⁷⁷⁾

나. 구 캐나다 형사법 제488.1조

위헌 판단된 구 캐나다 형사법 제488.1조는 변호사에 대한 수사기관의 압수·수색에서 변호사가 변호사-의뢰인 특권을 주장하는 경우에 그 심리에 관한 절차를 정한 규정이다.

그 주요 내용은 대상물을 봉인하여 이를 법원 집행관 또는 쌍방이 합의한 보관자에게 맡겨 보관하게 하는 것(동조 제2항), 법무부장관, 의뢰인 또는 그 변호사가 일정

576) 1982년 캐나다 헌법 제8조(수색 또는 압수) 모든 사람은 불합리한 압수수색으로부터 보호를 받을 권리가 있다.

577) 동 판결을 비교적 상세히 소개한 국내의 문헌으로 정준혁, “사내변호사에 대한 비밀유지권 도입 검토”, 형사정책 제32권 제4호, 한국형사정책학회(2021. 1.), 133 이하; 한애라, “의뢰인-변호사 간 비밀유지권에 관한 검토 및 개선방향”, 법조 제68권 제4호, 법조협회(2019.8.), 230 이하를 각 참조.

기간 내에 대상물의 압수여부를 결정하기 위한 법원의 심리를 신청할 수 있는 것(제3항), 법원은 심리 결과 대상물이 특권의 보호대상인 경우 이를 피압수자에게 환부하고, 그 외의 경우 이를 수사기관에 교부하여 압수하게 하는 것(제4항), 상기 신청이 있는 경우 법무부장관이 대상 서류를 조사할 수 있도록 법원이 허가할 수 있는 것(제5항), 의뢰인·변호사 등이 심리신청을 하지 않은 경우 법원은 봉인된 서류를 수사기관에 교부한다는 것(제6항), 특권 주장자는 법원의 허가를 받아 봉인된 서류를 개봉하여 사본하여 조사할 수 있으며 그 경우 원본은 손상하지 않고 재봉인하여야 한다는 것(제9항) 등이다.⁵⁷⁸⁾

578) 동 조의 원문은 아래와 같다.

488.1

Examination or seizure of certain documents where privilege claimed

(2) Where an officer acting under the authority of this or any other Act of Parliament is about to examine, copy or seize a document in the possession of a lawyer who claims that a named client of his has a solicitor-client privilege in respect of that document, the officer shall, without examining or making copies of the document,

(a) seize the document and place it in a package and suitably seal and identify the package; and

(b) place the package in the custody of the sheriff of the district or county in which the seizure was made or, if there is agreement in writing that a specified person act as custodian, in the custody of that person.

Application to judge

(3) Where a document has been seized and placed in custody under subsection (2), the Attorney General or the client or the lawyer on behalf of the client, may

(a) within fourteen days from the day the document was so placed in custody, apply, on two days notice of motion to all other persons entitled to make application, to a judge for an order

(i) appointing a place and a day, not later than twenty-one days after the date of the order, for the determination of the question whether the document should be disclosed, and

(ii) requiring the custodian to produce the document to the judge at that time and place;

(b) serve a copy of the order on all other persons entitled to make application and on the custodian within six days of the date on which it was made; and

(c) if he has proceeded as authorized by paragraph (b), apply, at the appointed time and place, for an order determining the question.

Disposition of application

(4) On an application under paragraph (3)(c), the judge

(a) may, if the judge considers it necessary to determine the question whether the document should be disclosed, inspect the document;

(b) where the judge is of the opinion that it would materially assist him in deciding whether or not the document is privileged, may allow the Attorney General to inspect the document;

(c) shall allow the Attorney General and the person who objects to the disclosure of the document to make representations; and

(d) shall determine the question summarily and,

(i) if the judge is of the opinion that the document should not be disclosed, ensure that it is repackaged and resealed and order the custodian to deliver the document to the lawyer who claimed the solicitor-client privilege or to the client, or

(ii) if the judge is of the opinion that the document should be disclosed, order the custodian

다. 연방대법원의 판단

캐나다 연방대법원은 위와 같은 형법 제488.1조가 압수, 수색에서 특권 보호를 위한 절차적 보장을 충분히 제공하지 못하고 있어, 캐나다 헌법 제8조가 보장하는 불합리한 압수수색으로부터 보호받을 권리가 침해되었다고 판단하였다.

동 법원은 이 사건에서 쟁점이 된 비밀유지특권은 캐나다법상 사법정의의 근본 원칙이고 가장 중요한 시민권으로서, 이 특권은 법 집행의 장애사유가 아니며 적극적 특징일 뿐이기에 사익과 법 집행의 긴급성 간 형량을 거부하였다. 이에 특권 보장이 의미 있기 위해서는 법원이 그 보호에 엄격한 기준을 적용하여야 함을 강조하고, 동 조에 대하여 아래 점들을 근거로 위헌으로 판시하였다.

① 변호사가 이의한 때에만 비밀유지특권의 보호를 받고, 변호사가 압수사실을 고지 받지 못하거나 현장에서 당황하여 이의하지 못한 때에는 수사기관이 대상물을 그대로 최종 압수할 수 있는데, 그러한 경우에 대한 보호도 필요하다.

② 압수여부 판단 전 기밀누설 방지를 위한 봉인절차에서는 변호사가 의뢰인의 성명을 밝힐 것이 요구되나, 그 성명 자체가 특권의 보호대상인 경우도 있다.

to deliver the document to the officer who seized the document or some other person designated by the Attorney General, subject to such restrictions or conditions as the judge deems appropriate,

and shall, at the same time, deliver concise reasons for the determination in which the nature of the document is described without divulging the details thereof.

Privilege continues

(5) Where the judge determines pursuant to paragraph (4)(d) that a solicitor-client privilege exists in respect of a document, whether or not the judge has, pursuant to paragraph (4)(b), allowed the Attorney General to inspect the document, the document remains privileged and inadmissible as evidence unless the client consents to its admission in evidence or the privilege is otherwise lost.

Order to custodian to deliver

(6) Where a document has been seized and placed in custody under subsection (2) and a judge, on the application of the Attorney General, is satisfied that no application has been made under paragraph (3)(a) or that following such an application no further application has been made under paragraph (3)(c), the judge shall order the custodian to deliver the document to the officer who seized the document or to some other person designated by the Attorney General.

Authority to make copies

(9) At any time while a document is in the custody of a custodian under this section, a judge may, on an ex parte application of a person claiming a solicitor-client privilege under this section, authorize that person to examine the document or make a copy of it in the presence of the custodian or the judge, but any such authorization shall contain provisions to ensure that the document is repackaged and that the package is resealed without alteration or damage.

③ 압수 시 수사기관은 특권을 행사할 수 있는 사람 모두에게 압수 사실을 통지하여야 하나, 그에 대한 절차가 규정되어 있지 않다.

④ 특권 존부에 대한 심리를 신청할 수 있는 기간이 과도하게 짧다.

⑤ 소정 기간 내에 심리 신청이 없을 경우 법원은 대상 서류를 수사기관에 교부하여야 하고 이에 관한 아무런 재량이 없으나, 그 신청이 없는 경우에도 법원이 의뢰인이나 그 변호사 등 특권을 행사할 수 있는 자에 대하여 추가적으로 다룰 기회를 줄 수 있어야 한다.

⑥ 심리과정에서 피압수자나 그 변호사뿐만 아니라 법무부장관이 대상 서류의 내용을 검토할 수 있도록 하고 있으나, 이는 특권의 존부가 결정되기도 전에 이 특권을 형해화하는 것이다.

상술한 내용 중 ①은 우리 현행 형사소송법상 변호사 등에게 인정되는 압수거부권의 경우에도 상정될 수 있는 문제이며, ④ 또한 특권 존부에 대한 판단절차 설계에 있어 고려될 필요가 있는 부분이다. 특히 ⑥은 본안 판결의 최종 단계에서 증거사용을 배제하는 것에 앞서서 기밀 누설을 사전적으로 차단하는 것이 절차적 보장의 핵심임을 시사하고 있다.

III. 수사기관의 압수·수색시 특권 보호 절차

1. Lavallee 판결 제시 가이드라인

Lavallee 판결에서 Arbour 대법관은 수사기관의 압수·수색 시에 변호사-의뢰인 특권 보호를 위한 의무사항과 검색 허가 절차 및 검색이 수행되어야 하는 방법에 관한 일반적인 가이드라인을 다음과 같이 제시한 바 있다.⁵⁷⁹⁾

① 변호사-의뢰인 특권으로 보호되는 것으로 알려진 대상물에 대해서는 압수·수색영장을 발부할 수 없다.

579) Nova Scotia Barrister's Society, Law Office Search and Seizure Guidelines (2016) pp3-4.

② 수사기관은 변호사 사무실 등의 압수·수색 전에 범죄혐의의 입증에 압수·수색 이외에 다른 합리적인 대안이 존재하지 않는다는 사실을 영장 발부 판사에게 입증하여야 한다.

③ 변호사 사무실 등의 압수·수색을 허용할 때, 영장판사(issuing judge)는 변호사-의뢰인 간의 비밀을 최대한 보호하도록 요구된다.

④ 대상물의 즉각적 검토, 복사, 압수가 특별히 허가된 예외적인 경우를 제외하고 특권 보호 여부 판단에 앞서 사전에 봉인되어야 한다.

⑤ 압수·수색 영장 집행 시에는 의뢰인과 변호사 모두에게 연락하도록 만전을 기해야 하며, 의뢰인 또는 변호사에게 연락이 불가능한 경우 변호사협회의 대리인이 집행 및 봉인 과정을 감독할 수 있도록 해야 한다.

⑥ 영장 집행 수사기관은 모든 잠재적 특권 행사자와의 접촉에 노력했음을 부판사(Justice of the Peace)에게 보고해야 한다. 그들에게 특권 주장의 합리적인 기회가 부여되어야 하고, 이의제기 시 이 문제가 사법적으로 결정될 수 있어야 한다.

⑦ 잠재적 특권 행사자에 대한 통지 불능 시 대상물을 보관하는 변호사 또는 법률협회 또는 법원에 의해 선임된 다른 변호사가 이를 검토하여 특권 주장 여부를 판단해야 하며, 그 기회가 부여되어야 한다.

⑧ 법무부장관(Attorney General)은 특권 문제를 검토할 수 있으나 사전에 대상물을 열람하도록 승인될 수 없다. 법무부장관 및 검사는 대상물이 특권 보호 대상이 아님이 법원에서 확인된 경우에 한하여 이를 열람할 수 있다.

⑨ 봉인된 대상물이 법원에 의해 특권 보호대상이 아니라고 판단된 때에는 수사기관이 이를 압수할 수 있다.

⑩ 봉인된 대상물이 법원에 의해 특권 보호대상으로 판단된 때에는 그 즉시 특권 행사자 또는 법원이 지정한 자에게 반환되어야 한다.

2. 변호사협회 가이드라인

캐나다의 각 주 변호사협회는 특히 변호사사무실 등에 대한 압수·수색 시에 특권 침해에 적절히 대응할 수 있도록 ‘변호사사무실 압수수색 지침’을 마련하고 있다. 예를 들어 Nova Scotia 변호사협회는 변호사사무실 압수수색 지침(Law Office Search and Seizure Guideline)⁵⁸⁰⁾을, Ontario 변호사협회는 변호사사무실 수색 지침(Guidelines

for Law Office Searches)⁵⁸¹⁾을, British Columbia 변호사협회는 변호사사무실 수색관련 가이드라인(Guidelines: Recommended terms for law office search warrants)⁵⁸²⁾ 등을 마련하고 있다.

이들은 공통적으로 ‘특별감독관(Referee)’을 명시하고 있다. 특별감독관은 수사기관 또는 압수·수색의 대상자로부터 독립한 제3의 변호사로서 특권 침해를 방지하고자 법원이 지명한 자이다. 압수·수색 영장에는 이러한 특별감독관의 의무가 명시되어야 하며, 특별감독관은 압수·수색 절차와 관련하여 법원이 내린 지시 및 명령의 준수 여부를 확인하여야 한다. 특권 관련 쟁점이 문제되는 경우 법원은 공판절차에서 특별감독관을 증인으로 부를 수 있다.

IV. 평가

캐나다의 형사절차, 특히 수사기관의 압수·수색 절차에서 변호사-의뢰인 특권에 의한 보호에 있어서는, 대체로 프랑스의 기존 형사소송법 규정과 유사하게 변호사사무실 등에 대한 수사기관의 압수수색 집행 단계에서 이를 다투어 특권으로 보호되는 문서를 압수수색 대상에서 배제하는 절차가 보장되어 있는 것이 주요한 특색이다. 단 프랑스에서와 다른 점이라면, 이러한 절차의 보장이 헌법적 차원으로 격상되어 논의되고 있는 점이다.

이러한 논의의 핵심은 수사기관의 압수수색 과정에서 특권 침해를 주장하여 압수수색 자체를 다투으로써 특권으로 보호되는 대상물을 수사기관의 압수수색으로부터 사전에 배제할 수 있는 기회를 절차적으로 보장한 점, 그리고 특히 이러한 판단을 법원이 수행하도록 한 점, 그리고 이에 관한 법원의 최종 판단 이전에 수사기관에 대한 기밀공개를 원천적으로 차단하도록 관련 분쟁절차를 설계한 점에 있다고 할 수 있다.

580) Nova Scotia Barrister's Society, *Law Office Search and Seizure Guidelines* (2016) pp3-4.

581) <https://nsbs.org/wp-content/uploads/2019/12/lawofficesearch.pdf> 에서 확인 가능(2022. 2. 17. 최종 확인).

582) <https://www.lawsociety.bc.ca/Website/media/Shared/docs/lawyers/search-warrants.pdf> 에서 확인 가능(2022. 2. 17. 최종 확인).

이는 형사절차에서 이러한 비밀유지권 인정 및 보장에 있어 수사기관의 강제적인 기밀사항 수집을 적시에 다투어 사전에 이를 차단하는 절차에 관하여 현행 규정 또는 입법론에서 크게 논의되지 않는 우리 상황에 있어서, 그 중요성을 환기함으로써 관련한 입법논의에 시사점을 줄 수 있다.

제6절 일본에서 변호사-의뢰인 간 의사교환의 비밀보장



I. 서설

변호사-의뢰인 간 비밀유지 또는 공개 거부에 관한 일본의 현행 법제는 우리와 크게 다르지 않다. 일본 변호사법 제23조⁵⁸³⁾는 비밀유지를 변호사에게 부과되는 의무로 명시하고 있으나, 이를 헌법이나 법률상의 권리로 규정하고 있지 않아 변호사-의뢰인 간 비밀유지 문제를 의뢰인의 일반적인 권리 차원에서 규정한 현행 법령규정은 없다.

한편 형사소송법 및 민사소송법 등 개별 법령에서 변호사 등 일정한 직무상 비밀 취급 주체에 대하여 적용되는 직무상 비밀보호 관련 규율을 두고 있는 것 역시 우리 법제와 유사하다. 특히 형사소송법은 변호사를 직무상 비밀을 취급하는 주체인 다른 직역과 함께 수사 단계에서 압수거부권 및 법정에서 증언거부권의 주체로 열거하고 있다. 즉 직무상 비밀에 대한 증언거부권 및 그에 대응하여 업무상 위탁받아 소지하는 직무상 비밀에 관한 물건에 대해 압수거부권을 인정하고 있고, 그 내용은 우리 형사소송법의 증언거부권 및 압수거부권과 극히 유사하다.

II. 현행법 규정

1. 형사소송법

가. 증언거부권

일본 형사소송법 제149조는 “... 변호사 (외국법사무 변호사를 포함한다), 변리사, 변호사, 공증인...의 직에 있는 자 또는 그 직에 있었던 자는 업무상 위탁을 받았기 때문에 지득한 사실로 타인의 비밀에 관한 것에 대해 증언을 거부 할 수 있다.”라고 규

583) 일본에서 이를 이른바 ‘비닉특권’의 근거로 해석하려는 시도가 전혀 없는 것은 아니다. 예컨대 田村陽子, “弁護士の職務上の秘匿特権と通信秘密をめぐる比較法的考察”, 『筑波ロー・ジャーナル』第27号, 2019, 110頁.

정하여 형사소송절차에서 변호사에게 증언거부권을 인정한다. 이것은 압수거부권과 동일하게 직무상 비밀을 취급하는 변호사 등 특정 업무직역 종사자 및 이들에게 비밀을 말한 사람의 신뢰를 보호하는 취지의 규정이다.

본 조에 규정된 증언거부권의 주체는 직무의 특성상 사람의 비밀을 취급하는 일정 직역을 한정적으로 열거한 것으로서, 그 중에 변호사가 포함되어 있다. 그러나 의뢰인은 본 조에 의하여 보호되는 비밀의 주체임에도 불구하고 증언거부권의 주체로 규정되어 있지 않기 때문에 증언거부권을 행사할 수 없다.

나. 압수거부권

일본 형사소송법 제105조는 “... 변호사 (외국법 사무 변호사를 포함한다), 변리사, 변호사, 공증인...의 직에 있는 자 또는 그 직에 있었던 자는 업무상 위탁을 받아 보관 또는 소지하는 물건으로 타인의 비밀에 관한 것에 대해 압수를 거부 할 수 있다.”라고 규정하여 법원의 압수에 대한 압수거부권을 규정하고, 제222조에서 이를 수사기관의 압수에 준용함으로써, 수사기관의 압수절차에서 변호사를 비롯하여 동 조에 열거된 직무상 비밀의 취급주체에게 압수거부권을 인정한다.

한편 동 조 단서는 “단, 본인이 승낙 한 경우, 압수거부가 피고인만을 위한 권리남용으로 인정되는 경우 (피고인이 본인인 경우를 제외한다)...는 그러하지 아니하다”라고 규정하는바, 적어도 피고인 본인이 변호사에게 맡긴 물건에 대해서는 “피고인이 본인인 경우”로서 권리남용에 해당하지 않고 변호사는 압수거부권을 갖는다.⁵⁸⁴⁾

동 규정은 직무의 특성상 사람의 비밀을 취급하는 변호사 등 특정 업무직역 종사자 및 이들에게 비밀을 말한 사람의 신뢰를 보호하는 취지로서, 국제범죄단속법 등 특별법에 근거한 압수에도 적용된다는 것이 판례이다.⁵⁸⁵⁾ 본 조의 주체는 한정적 열거이

584) 압수거부권 및 증언거부권에 관하여는 이미 대정시대 형사소송법에도 규정되어 있었다. 1948년 시행된 현행 일본 형사소송법은 압수거부권 및 증언거부권에 대한 예외인정 규정을 도입하였는바, 그 취지는 실제진실발견을 위한 증거확보의 필요에 있다고 설명된다. 그 입법과정 및 도입취지에 대한 상세는 神田雅憲, “刑事弁護における秘密の保護 (2)”, 法学協會雜誌 138卷 11号(2021), 2170 이하, 특히 2173 각주 77 참조.

585) 熊本地裁 昭和 61年(1986年) 4月 25日 決定「判タ」第557号, 290頁.

며 변호사가 포함되어 있다. 그러나 본 조의 압수거부권에서 의뢰인은 주체로 열거되어 있지 않으므로, 의뢰인은 압수거부권을 행사할 수 없다.

다. 접견교통의 비밀 보장

일본 형사소송법 제39조 제1항은 “신체의 구속을 받고 있는 피고인 또는 피의자는 변호인 또는.....변호사가 되고자 하는 자와 입회인 없이 접견하거나 서류 또는 물건의 수수를 할 수 있다.”라고 규정하여 접견교통의 비밀을 보장하고 있다. 접견 교통의 비밀의 의의에 대해 일본 하급심은 다음과 같이 판시한바 있다.⁵⁸⁶⁾

“형사소송법 제39조 제1항이 피구금자가 변호인과 입회인 없이는 접견할 수 없다고 하는 것은 변호인으로부터 유효하고 적절한 조력을 받을 수 있는 기회를 갖기 위해서는 피구금자와 그 변호인 사이에서 서로 충분한 의사소통과 정보 제공과 법률 자문 등이 아무런 간섭 없이 되어야 함이 필수적이며, 특히 그 의사 전달이나 정보 제공의 교환 내용이 수사 기관, 소추 기관, 및 수용 시설 측에게 알려지지 않는 것이 중요하기 때문에, 이 점을 명문으로 규정 한 것으로 생각된다. 왜냐하면 접견 기회가 보장 되어도 그 내용이 이 기관들에 알려지게 된다는 것은 피구금자 측에서 볼 때 그 방어권, 즉 유효적절한 변호활동을 변호인 이 해 줄 것을 기대할 수 없게 되고 변호인 측에서도 그 변호권, 즉 유효적절한 변호 활동을 할 수 없게 되는 것이 충분히 예상되기 때문이다.”

또한 다른 하급심 판결은 접견교통권을 변호인의 고유권으로 보면서, 수사기관이 접견 후 피고인과 변호인의 “접견내용을 청취하는 것은 수사방해행위 등 접견교통권을 보호받을 가치가 없는 사정 등 특별한 사정이 없는 한 변호인의 접견 교통권을 침해한다.”고 하고 있다. 접견교통권의 취지를 감안하면, 수사기관은 “피의자 등과 변호인 등의 자유로운 의사소통 내지 정보 전달에 위축효과를 미치는 일이 없도록 유의”할 필요가 있고, 원칙적으로 변호인 등과의 접견에서 진술을 청취하는 것은 금지된다.

접견교통권은 일본 헌법 제34조 전단의 변호인의뢰권에서 유래한다는 것이 최고

586) 이하 내용은 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ワーキンググループ, “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.) 참조.

재판소 관례이며, 접견의 비밀교통권 보장은 헌법에서 유래하는 권리라고 설명된다. 다만 변호사-의뢰인 간 의사교환의 비밀보장이 주로 구속피의자의 접견교통권 차원에서 논의되는 모습은 이러한 의사교환에 대한 일반적인 비밀보장에 대해서는 아직 논의가 활발하지 않은 일본의 상황을 방증하고 있다.

2. 민사소송법

가. 증언거부권

일본 민사소송법 제197조 제1항 제2호는 “...변호사(외국법사무 변호사를 포함한다), 변리사, 변호사, 공증인, ...의 직에 있는 자 또는 이러한 직에 있던 자가 직무 상 알게 된 사실로서 묵비하여야 하는 것에 대해 심문을 받을 경우 증언을 거부할 수 있다.”라고 규정하여 민사소송절차에서 변호사의 증언거부권을 인정한다. 그 취지는 이러한 직업들에 대한 신뢰를 확보하고 전문직의 존립을 가능하게 하려는 것으로 설명된다. 증언거부의 주체로 직무상 비밀을 취급하는 여러 주체들이 열거되어 있고, 변호사는 그 중 하나로 규정되어 있다. 반면에 의뢰인은 보호되는 비밀의 주체이기는 하나 증언거부권의 주체로 규정되어 있지 않으므로 증언거부권을 행사할 수 없다.

나. 문서제출 거부권

일본 민사소송법 제220조 제4호는 “제197조 제1항 제2호 또는 동항 제3호에 규정한 사실로서 묵비의무가 면제되지 않은 것이 기재되어 있는 문서”를 문서 제출 의무에서 제외한다. 여기서는 주체의 제한이 없기 때문에 변호사는 물론 그 외의 자(예컨대 의뢰인)가 소지하는 문서도 소지자인 변호사 등 이외의 사람이 동 호를 원용하여 문서제출을 거절 할 수 있는 것으로 해석된다. 다만 이러한 해석에 대해서는 이견도 존재한다.

한편 문서제출거부권에 의한 보호대상에 관하여는 변호사가 직무상 알게 된 비밀로 묵비하여야 할 것이 포함된 문서라고 규정하고 있을 뿐이기에, 의뢰인과 변호사 간 의사교환, 특히 변호사가 의뢰인에 대하여 행한 조언 등 내용이 이에 포함되는가는 문언 상 명확하지 않다.

다. 당사자조회에 대한 응답거부권

일본 민사소송법 제163조 제6호는 제196조 또는 제197조의 규정에 의하여 증언을 거절할 수 있는 사항과 동일한 사항에 관한 조회에 대해서 답변하지 않을 수 있다고 규정한다. 여기에도 문서제출 거부권과 동일하게 주체의 제한이 없다. 반면에 증언 거부권에 있어서 의뢰인은 증언거부의 주체가 아니므로 변호사와 상담한 사항에 대해 증언을 거부할 수 없음은 앞서 본 것과 같다.

그러나 이러한 증언거부권의 규율에 대해서는 문서제출의무에 대한 제외사유로서 문서제출 거부에서 변호사 외의 자도 문서제출을 거절할 수 있다는 해석 및 당사자 조회에 대한 응답거부에 관한 해석과 불일치한다는 지적이 있다.

III. 판례

일본에서도 변호사와 의뢰인 간 의사교환의 비밀보호에 관해 미국의 변호사-의뢰인 특권과 같은 일반적인 보호를 인정한 명시적인 판례는 아직 없는 것으로 설명된다.

1. 형사법 분야 판결

일본에서 피고인과 변호인 간 비밀 의사교환의 침해를 다룬 판례는 주로 구금된 자와 변호인 간의 접견 시에 접견의 비밀을 침해한 사안에 관한 것들이다.⁵⁸⁷⁾ 변호인이 구금시설 내 의뢰인과 접견 시 접견교통권에 포함된 면회실내에서 변호인의 사진촬영, 영상녹화·녹음 등에 관하여 구치소측이 촬영기기 등의 반입을 금지하고, 촬영 한 사진의 폐기를 요구하는 등 여러 가지 간섭이 완전히 근절되지 않았다고 하며, 비교적 최근에도 이에 관련한 판례가 선고된바 있다.⁵⁸⁸⁾

587) 형사소송법 제39조 제1항은 신체구속을 받고 있는 피고인 또는 피의자와 입회인 없이 접견하거나 서류 또는 물건을 수수하는 것을 규정한다. 본 제도를 구체화하는 법률상의 근거가 있지만, “입회인 없이”는 접견에만 해당되고 물건의 수수에 관해서는 부정함이 통설이다. 또한 형사수용시설 및 피수용자의 처우에 관한 법률은 제112조를 제외하고 변호사의 면회도 일반 면회로 취급하여 시설 직원이 입회할 수 있다. 또한 동법 제135조는 형사 수용시설에 수용된 미결구금자와 변호인 등의 신서수발시 서신검사가 있을 수 있음을 인정하고 있다. 또한 소년감별소법 제81조 및 소년원법 제93조도 예외는 있으나 피감호자·재원자와 변호사의 면회에 대해 직원이 입회할 수 있음을 인정하고, 소년감별소법 제93조 및 소년원법 제99조는 피감호자·재원자가 변호사와 사이에서 수발하는 서신에 대해서 직원이 검사할 수 있음을 인정하여 비슷한 문제가 있다.

이른바 “가고시마 접견 국가배상청구 사건(鹿兒島接見国賠訴訟事件)”에서는 경찰 및 검찰이 접견내용을 청취한 것이 위법으로 인정되고 1심에서 확정되었다.⁵⁸⁹⁾ 또한 사가(佐賀) 지방검찰청 관할사건에서 피의자와 변호인 간의 접견 내용을 청취, 기재하여 증거로 제출 한 행위에 대해, 사가 지방법원은 2010년 12월 17일 판결에서 적법하다고 판단했지만, 후쿠오카 고등법원은 2011년 7월 1일 판결에서 이를 불법이라고 판단하였고⁵⁹⁰⁾ 2013년 12월 19일 최고재판소에서 원고 상고 기각으로 확정되었다.

피의자·피고인과 변호인 간에 수발된 서신내용을 구치소에서 기록하고 검찰이 그 기록에 대해서 조회 답변 받은 내용을 접견금지 청구 등에서 사용한 사례[이른바 “타카미 오카모토 국가배상청구 사건(高見·岡本国賠事件)”]에 대해서 오사카지방법원은 형사소송법 제39조 제1항의 취지에 반하여 위법하다고 판시하였다.⁵⁹¹⁾

한편 부인사건의 심리 중에 공판검사가 오사카 구치소에 구금되어 있던 피고인 집 거실에 대한 압수수색영장을 발부 받아 수색하여 변호인에게 보내려 작성해둔 서신을 압수한 사례[이른바 “오사카 접견 국가배상청구사건(大阪接見国賠事件)”]에 대해서 오사카지방법원은 피고인이 변호인과의 접견을 위해 만들거나 이용하려고 한 서류 등을 압수한 행위는 접견교통권을 침해하여 위법하다고 판시하였다.⁵⁹²⁾

2. 그 외 분야: 이른바 ‘JASRAC 사건’

가. JASRAC 사건의 개요

행정기관이 행한 조사행위에서 변호사와 의뢰인 간 의사교환의 비밀 보호가 명

588) 예컨대 福岡地裁 小倉支部 平成 27年(2015年) 2月26日 判決(請求棄却·原告控訴), 東京地判 平成 26年(2014年) 11月 7日(竹内国賠判決).

589) 鹿兒島地判 平成 20年(2008年) 3月 24日 「判例時報」 第2008号, 27頁.

590) 佐賀地判 平成 22年(2010年) 12月 17日 「判例時報」 第2127号, 9頁.

591) 大阪地判 平成 12年(2000年) 5月 25日 「判タ」 第1061号, 98頁. 1심에서 확정되었다.

592) 大阪地判 平成 27年(2015年) 3月 16日 判例集未登載. 이 판결은 “변호인이 접견 시에 방어방법을 협의하는 일환으로 교부한 서류, 피고인이 접견 내용 및 방어 구상을 적어 놓은 메모류 및 변호인과의 접견의 대체 방법으로 행해진 서신의 교환은 헌법 제34조에 따른 피고인의 접견교통권 또는 방어권 및 변호인의 변호권으로 보장되어 있으며, 이러한 방어방법의 내용은 기본적으로 수사기관에 공개되지 않아야 한다고 할 수 있다”고 판시하였다. 항소심[大阪高裁 平成 28年(2016年) 4月 22日 判決 平27(ネ)1333号 損害賠償請求控訴事件]을 거쳐 최고재판소에서 확정되었다[最裁 平成 28年(2016年) 10月 27日 平28(オ) 1119号].

시적으로 쟁점이 된 사건으로, 일본 독점규제 및 공정거래에 관한 법률(이하 “일본 독점금지법”)상 일본 공정거래위원회(이하 “공정위”)의 조사 절차에 따른 자료제출이 문제되었던 이른바 JASRAC 사건⁵⁹³⁾이 있다.

이 사건은 음악저작물에 관한 저작권 관리사업을 영위하는 법인인 원고가 공정위로부터 제재적 행정처분을 받고 이에 불복하여 심판청구절차가 진행되고 있었는데, 원고의 경쟁사업자가 일본 독점금지법 제70조의15 제1항 제70조의15⁵⁹⁴⁾에 근거하여 사건기록 등사를 신청하고 공정위가 이를 받아들인 결정을 한 것에 대해 원고가 그 결정에 대한 행정처분취소소송을 제기하여 다툰 사안에 관한 것이다.

나. 사실관계

등사 허용여부가 쟁점이 된 문서는, 원고가 공정위로부터 그 주최 연구회에서의 발표를 요청받은 것을 계기로 2002년 8월 원고 집행부 변호사 등이 검토회의를 시작하여, 저작권 등 관리사업이 허가제에서 등록제로 전환되고 신규사업자가 진입함에 따라 발생할 것으로 보이는 원고 업무와 관련한 독점금지법의 문제점 등에 대해 검토를 실시한 것에 대하여, 그 당시의 ① 동 변호사가 참가한 회의 의사록(상정된 문제에 관한 변호사와의 질의응답, 원고의 향후 대응에 대한 의견 포함) ② 동 변호사가 작성한 “저작권 관리사업과 독점금지법에 대한 메모랜덤”(사실, 경위, 법적 문제점, 검토내용·법정 의견이 포함됨) 등이다. 이 자료들은 공정위가 2008. 4. 원고에 대한 현장 조사 시에 압수한 것이었다.

공정위 담당 심사관은 원고가 독점금지법상의 문제점을 검토한 것, 일정한 경우 독점이 될 수 있다고 지적된 것 등을 입증하고자 각 서증에 대하여 증거신청을 하였으나, 원고는 위 ① 및 ②에 대해서 조사할 필요가 없으며 또한 그 조사는 변호사-의뢰인 간 의사교환의 비밀유지권에 대한 침해이므로 증거로 채택될 수 없다는 의견을 제시했

593) 東京地判 平成 25年(2013年) 1月 31日「訟月」第60卷 第3号, 546頁(東京高判 平成 25年(2013年) 9月 12日 同 613頁 판결에 의해 항소기각, 平成 27年(2015年) 4月 28日 상고수리신청기각결정으로 확정됨).

594) “이해관계인은 공정거래위원회에 심판절차가 개시된 후 사건 기록의 열람 또는 등사 ...를 요청할 수 있다. 이 경우에 공정위는 그 인용이 제 3자의 이익을 해할 우려가 있다고 인정되거나 기타 정당한 이유 있는 경우가 아닌 한 기록의 열람 또는 등사를 거부할 수 없다.”

다. 그러나 심사관은 서증 일체를 채택 결정하고 조사했다.

다. 법원의 판단

원고는 심사관의 각 서증 채택 결정이 위법하다고 주장하였는바, 동 주장에 대해서 법원은 다음과 같이 판단했다.

(1) 본 건 등사 신청은 신청자가 공정위의 원고에 대한 제재적 행정처분의 사유인 위반 행위의 피해자로서 미래의 손해배상 청구소송 준비를 목적으로 행한 것으로, 각 서증 공개 부분은 원고의 가해행위 및 고의과실 등의 입증에 도움이 되는 것이고, 공정위가 신청자, 원고, 제3자의 각 권리·이익, 독점금지법의 목적 달성이라는 공공의 이익 등을 합리적으로 조정하는 관점에서 “제삼자의 이익을 해할 우려”나 “기타 정당한 이유”를 인정하지 않은 것이 재량권을 일탈·남용했다고 할 수 없다.

(2) “변호사 의뢰인 비밀유지 특권” 과 “직무활동의 성과” 에 관한 원고의 주장에 대해서, 그와 같은 법리의 존재를 공인할 수 없고, 그러한 구체적인 권리·이익의 존재에 대한 관념이 사회의 법적 확신에 의해서 지지되는 정도에까지 이르고 있다고 할 수 없다.

(3) 2009년 독점금지법 개정 시 중참의원 각 위원회 부대결의와 2009. 12. 9. 공정위 담당 정무 삼역의 “독점금지법 개정 등에 관한 기본 방침” 등의 움직임이 있었던 것은 사실이나, 역으로 그 이면을 말하면 어떤 입법조치를 하지 않는 한 구체적인 권리·이익으로서 이 법리의 존재를 공인할 수 없음이 전제되어 있는 것이다(다만 실무와 학계에서 더 깊이 논의하여 실정법에 규정되기에 이를 수 있을 것이다).

(4) 변호사법 제 23조는 형사소송법 및 민사소송법과 같은 별도 절차 규정 없이 그 자체에서 직접 증거거부권 등을 도출할 수 없는 것으로 해석되고, 형사소송법 제105조, 동149조, 민사소송법 제197조 제1항 제2호에서 규정하는 “비밀”이란 객관적으로 볼 때 보호가치 있는 것을 말하는바, 변호사와 의뢰인 간의 의사소통의 모든 내용이 ‘비밀’에 해당되는 것은 아니기 때문에 이를 초과하고, 또한 형사소송·민사소송 및 행정심판

절차라는 절차 상호 간 차이까지 초월하면서 공정위가 열람·등사를 거부 할 수 있는 정당한 이유가 되어야 할 구체적인 권리·이익으로 승화하고 있다고 할 수는 없다.

라. 항소심 및 상고심의 판단

항소심⁵⁹⁵⁾ 역시 원심 판단을 긍정하면서, 헌법 제21조 2항 후단, 제22조 1 항, 제31조, 제32조, 제34조와 제37조 및 제35조 등 헌법 규정들이 이른바 변호사·의뢰인 비닉권을 구체적인 권리·이익으로 보호하고 있다고 할 수는 없다고 판시하였다. 계속된 상고심에서 일본최고재판소는 상고불수리결정을 하여 상고를 기각, 원심판결이 확정되었다.⁵⁹⁶⁾

IV. 평가

의뢰인과 변호사 간 의사교환에 관한 일본 변호사법 제23조, 형사소송법 제105조, 제149조 등 및 그 외에 민사소송법 등 개별 소송법규에 마련된 규율은 그 체계가 우리 현행 규정과 크게 유사하며, 특히 변호사법 및 형사소송법의 위 각 조항은 그 내용 역시 유사하다. 이에 대해서는 크게 아래 문제가 지적될 수 있다.

첫째, 일본 현행 형사소송법에 의할 때 변호사가 수사기관의 압수와 법정에서의 증언을 거부할 수 있으나, 이는 변호사를 비롯하여 압수거부권과 증언거부권의 주체로 열거된 직무상 비밀취급 주체에게만 인정될 뿐이다. 의뢰인에게 이러한 거부권을 인정하는 근거 규정이 없으므로 의뢰인의 권리 보호에 한계가 있다. 또한 변호사가 의뢰인에게 제공한 법적 조언의 내용이 비밀로 보호되는가 여부도 명확하게 규정되어 있지 않다.

둘째, 이 규정들은 문언 상 의뢰인으로부터 변호사 등 직무상 비밀취급주체를 향하여 제공된 비밀만 보호하는 것으로 보이나, 의뢰인과 변호사 간 의사교환은 양방향으로 진행되므로 그 중 일방만 보호하는 것은 불합리한 면이 있다. 변호사가 압수 및 증

595) 東京高判 平成 25年(2013年) 9月 12日 同 613頁.

596) 最高裁 第三小法廷 平成27年4月28日 決定 平25(行ツ)496号.

언을 거부할 수 있다면 의뢰인 역시 거부할 수 있다고 함이 합리적이고, 이러한 규정들은 적어도 형사절차에서는 변호사와 의뢰인 간 의사교환 내용을 증거로 사용하지 않겠다는 가치판단을 내린 것으로 볼 여지가 있으므로, 의뢰인에게 거부권을 인정하지 않는 것은 합리성에 의문이 있을 수 있다.

셋째, 민·형사외의 분야, 예컨대 상술한 JASRAC 사건에서 문제된 행정절차 등의 경우에 자료제출이나 공개 거부에 관한 규정이 없는 점이다. 고도의 진실발견이 요청되는 형사소송에서 의뢰인과 변호사 사이에 행한 의사교환의 비밀이 보호되는데 행정 절차 등 다른 절차에서 그 보호가 없는 것은 일관되지 않는 면이 있다. 행정절차에서도 형사절차에서처럼 국가 측의 일방적인 조사 과정에서 증거제출이 강제되는 경우가 많기에 강제 제출의무에 대한 예외 법리로 발전한 특권이나 비밀유지권에 준한 제출, 공개 등 거부권을 인정할 필요가 형사절차와 다르지 않다고 볼 여지가 있다.

요컨대 의뢰인이 변호사와 상담한 내용의 비밀을 보장받을 권리로서 변호사-의뢰인 특권은 일본에서도 아직 해석상 인정되지 못하고 있고, 특히 JASRAC 사건 등을 계기로 상술한 문제가 지적되어 일본에서도 입법을 통해 이 문제를 해결하려는 움직임이 변호사 단체 등에 의해 전개되고 있다.⁵⁹⁷⁾ 형사소송법상 압수거부권 과 증언거부권 조항에 관하여 논의되는 상술한 문제점들은 규정형식과 내용의 모든 면에서 유사한 모습을 갖고 있는 우리 현행 법제의 개선 논의에도 시사점을 주는 것이다.

597) 이에 관하여는 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ワーキンググループ, “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.) 참조.

제7절 국제법적 규율



I. 서설

유럽인권법원(European Court of Human Rights)과 유럽사법법원(European Court of Justice)은 일련의 판례를 통하여 변호사-의뢰인 간 의사교환의 비밀에 대한 보호를 인정하고 있다. 이는 영미법계에서 변호사-의뢰인 간 기밀 의사교환에 대하여 인정되는 특권의 관점이기보다는, 대륙법에서 보호하는 직무상 비밀유지의 관점에 서 있는 것으로 보인다. 한편 국제사법재판소도 이 점이 문제된 판시를 한 바 있고, 국제형사재판소 절차 및 증거규정은 제73조에 특권에 관하여 명문의 규정을 두고 있다.

II. 유럽인권법원 판례

1. 인정 여부 및 근거

유럽인권법원은 “변호사와 상담하고자 하는 사람은, 완전하고 제한 없는 협의에 알맞은 조건 하에서 자유롭게 변호사와 상담할 수 있어야 한다”는 원칙을 판결을 통하여 인정하여 왔다.

그 근거로서 소송이 예상되는 경우의 변호사-의뢰인 간 의사교환에 대해서는 유럽인권협약(인권 및 기본적 자유의 보호에 관한 유럽협약: Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms 제6조가 규정하는 공정한 재판을 받을 권리에 의하여, 그렇지 않은 일반적인 경우의 비밀 상담이나 조언에 대해서는 유럽인권협약 제8조가 규정하는 사생활 및 가족생활을 존중받을 권리에 의하여 인정하여 왔다.⁵⁹⁸⁾⁵⁹⁹⁾

598) ECtHR, *Campbell v. United Kingdom*, 13590/88, 25 Mar 1992. 이하 관련 판시부분을 인용하면 아래와 같다.

“46. 누구든지 변호사와 상담하고자 하는 사람은, 완전하고 제한 없는 협의에 알맞은 조건 하에서 자유롭게 변호사와 상담할 수 있어야 한다는 것이 일반이익에 부합한다는 것은 명백하다. 변호사와 의뢰인 간 관계가 원칙적으로 특권에 의하여 보호되는 것은 바로 이러한 이유 때문이다. 1991. 11. 28. 선고 S. V. the Switzerland 판결에

2. Versini–Campinchi and Crasnianski v. France 판결⁶⁰⁰⁾

유럽인권법원은 이 판결에서 국경을 초월한 직무상 ‘특권’의 존재를 부정하면서도, 유럽의 각 개별국가 법원의 판례 및 유럽법원의 선례에 의할 때 변호사에게 인정되는 ‘직무상 비밀’에 따른 보호는 오직 변호사가 범죄실행에 가담하는 경우에 한하여 양보한다고 판시하였는바, 직무상 비밀에 따른 보호가 특권에 의한 절대적 보호와 관점에서 상이할 뿐 실질적으로 동일한 수준에 이르는 보호를 제공할 수 있다고 본 것으로 평가할 수 있다.

예외적인 경우를 제외하고 판결하였다. 유럽법원의 유죄판결이 이미 확정되어

서 당원은 수행자가 교정기관으로부터 가침범위 밖에서 변호사와 의사 교환할 권리의 중요성을 강조하였다. 변호사가 그러한 감시 없이 자신의 의뢰인과 협의할 수 없고 의뢰인으로부터 비밀로 지시를 받을 수 없다면 그 조력은 유용성의 많은 부분을 상실하게 될 것인데, 유럽인권협약은 실제적이고 효과적인 변호인의 조력을 받을 권리를 보장하고자 한다는 것이 유럽인권협약 제6조의 맥락에서 고려되었다...

47. 당원이 보기에, 상기와 동일한 고려는 향후 진행될 것이 예상되거나 계속 중인 소송과 관련된 수행자와 변호인 간의 의사교환에 대하여 적용된다. 그 경우에도 비밀성에 대한 요청이 마찬가지로 크기 때문이다. 그러한 의사교환이 이 사건과 같이 교정기관에 대한 소제기와 관련된 경우에는 특히 그러할 것이다. 그러한 의사교환을 일상적인 검열, 특히 대상 의사교환에 포함된 내용에 직접적인 이해관계가 있을 수 있는 개인 또는 기관에 의한 일상적 검열에 직면하게 하는 것은, 변호사와 그 의뢰인 간의 관계에 수반되는 비밀성의 원칙 및 직무상 특권과 조화되지 않는다.

48. 물론, ... 변호사와의 의사교환은 소송과 거의 또는 전혀 관련이 없는 사안에 관한 것일 수도 있다. ... 원칙적으로 그러한 서신은 유럽인권협약 제8조에 따라 인정되는 특권에 의하여 보호된다. 이는 교정기관이 변호사의 수행자에 대한 서신에 통상적인 탐지수단으로 밝혀낼 수 없는 불법물건이 동봉되어 있다고 믿을 만한 합리적 이유가 있는 경우에는 이를 개봉할 수도 있음을 의미한다. 그러나 그 경우에도 서신이 개봉되는 것에 그쳐야 하며, 열람은 허용될 수 없다. 서신의 열람을 방지하는데 적절한 보장, 이를테면 수행자 앞에서 그 편지를 개봉하는 조치가 제공되어야 한다. 반면에 수행자가 변호사에게 보낸 서신 또는 변호사로부터의 서신의 열람은, 교정기관이 대상 서신의 내용이 교도소의 보안이나 타인의 안전을 위협에 빠뜨린다면든지 기타 범죄성 등으로 특권이 남용된다고 믿을만한 합리적 이유가 있는 예외적인 경우에만 허용될 수 있다...”

위 번역은 최송재, 변호사와 의뢰인 사이의 비밀보호를 위한 제도 연구, 법률신문사(2013), 131 이하 참조.
599) 이와 관련하여, 국제인권규약 자유권 규약 (이른바 B 규약) 제14조 및 제17조는 다음과 같이 공정한 재판을 받을 권리와 사생활의 비밀보호에 대한 권리를 규정하고 있으며, 그 해석에 의해 일정한 보호가 이루어질 수 있다.

국제인권규약 자유권 규약

제14조 1. 모든 사람은 법원 앞에서 평등하다. 모든 사람은 그에 대한 형사상의 죄의 결정 또는 민사상의 권리와 의무의 분쟁에 대한 결정을 위해 법률로 설치된 권한 있고 독립적이며 공정한 법원에 의한 공정한 공개 심리를 받을 권리를 갖는다. (생략)

3 모든 사람은 그에 대한 형사상의 죄를 결정함에 대해서, 충분히 평등 하게, 적어도 다음의 보장을 받을 권리를 갖는다.

(b) 방어 준비를 위해 충분한 시간과 편의를 부여 받을 것 및 본인이 선임하는 변호사와 연락하는 것.

제17조 1. 어느 누구도 사생활, 가족, 주거 또는 통신에 대하여 자의적혹은 불법적으로 간섭받거나 또는 그의 명예와 신용을 불법적으로 공격받지 않는다.

2. 모든 사람은 이러한 간섭이나 비난에 대하여 법률의 보호를 받을 권리를 갖는다.

600) ECtHR, Versini–Campinchi and Crasnianski v. France, 34648/14, 16 Jun 2016.

복역 중인 수형자와 변호사 간 서신 교환을 제한한 조치가 유럽 인권협약 제8조 위반이라고 판시하였다. 변호사-의뢰인 특권과 관련된 주요 판시부분을 소개한다.

3. Foxley v. United Kingdom 판결⁶⁰¹⁾

이 판결은 청구인과 변호사 간의 서신을, 영국 도산법(Insolvency Act 1986 제 371조에 기하여 우체국이 전송하는 도중에 개봉, 열람 및 복사하여 기록에 편철한 것이 유럽인권협약 제8조에 위반되는가가 논의되었다. 유럽인권법원은 위 Campbell v. United Kingdom 판결을 인용하면서, 동 조치가 유럽 인권협약 제8조 위반이라고 판시하였다.

III. 유럽사법법원 판례

1. 인정 여부 및 근거

유럽사법법원 역시 판결을 통하여 변호사-의뢰인 간 의사교환의 비밀유지에 관한 특권을 인정하고, 그 요건 및 효과에 관하여 언급하고 있다. 유럽사법법원은 이러한 특권인정의 근거에 관하여 이하 볼 AM&S 판결에서 다음과 같이 판시한바 있다.

“공동체법은 당사국들의 경제적 상호침투 이외에 법적 상호침투로부터도 도출되는데, 비밀성의 준수와 관련한, 특히 변호사와 의뢰인과 사이의 일정한 의사교환에 관하여 비밀성의 준수와 관련한 당사국들의 법률에 공통하는 원칙 및 개념을 고려하여야 한다. 그러한 비밀성은, 누구든 제약 없이 변호사-변호사의 직무는 법률 조언을 필요로 하는 모든 사람들에게 독립적 법률 조언을 제공하는 것을 포함한다-와 상달할 수 있어야 한다는 요구를 위한 것이고, 이러한 요구의 중요성은 모든 당사국들에 의하여 승인되고 있다.”⁶⁰²⁾

601) ECtHR, Foxley v. the United Kingdom, 33274/96, 20 Jun 2000.

602) CJEU, AM & S Europe Ltd, v Commission of the European Communities, 155/79, 18 May 1982; 번역은 최승재, 변호사와 의뢰인 사이의 비밀보호를 위한 제도 연구, 법률신문사(2013), 173 이하 참조.

2. AM & S 판결

유럽 내 반독점 및 공정경쟁, 거래문제 등을 관할하는 유럽 위원회(European Commission) 조사관들은 1979. 2. 20. AM&S Europe Ltd.(이하 “AM&S”)의 영국 본사에 대하여 현장조사를 실시하였다. 위 현장조사에서 위원회는 AM&S에게 문서제출을 요구하였는데, AM&S는 제출을 요구 받은 문서 중 7개 문서만을 제출하고나머지 문서는 변호사-의뢰인 비밀유지 특권을 이유로 제출을 거부하였다. 이에 위원회는 1979. 7. 6. 누락된 문서에 대한 제출명령을 내렸는데, AM&S는 이 결정이 변호사-의뢰인 비밀유지특권을 침해하여 무효임을 주장하는 소를 유럽사법법원에 제기하였다.

유럽사법법원은 유럽공동체(EC) 차원에서 적용되어야 할 변호사-의뢰인 특권을 인정하면서, 대상 문서 중 일부에 관하여 변호사-의뢰인 특권이 인정되어 공개로부터 보호된다는 이유로 제출명령 중 일부가 무효라고 판시하였다.⁶⁰³⁾

3. Akzo Nobel 판결

유럽 위원회 소속 조사관들이 영국에 위치한 Akzo Nobel Chemicals Ltd(이하 “Akzo”) 및 Akcros Chemicals Ltd(이하 “Akcros”) 사무실에 대한 현장조사를 실시하였다. 여기에서 조사관들이 발견한 문서 중에는 Akcros의 임원이 Akzo의 경쟁법전문 사내 변호사인 S와 교환한 2통의 이메일이 포함되어 있었다. S는 네덜란드 변호사로서, 네덜란드는 사내변호사에 대하여 일반 변호사와 동일하게 변호사-의뢰인 특권을 인정하고 있었다. Akzo는 이 이메일 2통 등이 특권에 따라 보호되어야 한다고 주장하였으나, 위원회 조사관들은 이를 살펴본 후 특권이 적용되지 않는다고 판단한 후 그 사본을 수거하였다.

이 사건에서는 대상 이메일 2통이 특권의 보호에 포함되는가 여부가 쟁점이 되었는바, 유럽사법법원은 사내변호사에게는 ‘변호사 비밀유지특권을 부여 받을 수 있을 만한 독립성’ 요건이 흠결되어 있다는 이유로 특권을 인정하지 않았다.

603) CJEU, AM & S Europe Ltd, v Commission of the European Communities, 155/79, 18 May 1982; 그 소개로 최승재, 변호사와 의뢰인 사이의 비밀보호를 위한 제도 연구, 법률신문사(2013), 173.

IV. 국제사법재판소의 사례

1. 사건의 개요

이 사건은 동티모르와 호주 정부 간의 분쟁에 관한 것이다. 동티모르는 400억 호주달러(약 38조원) 규모에 달하는 동티모르 인근 대륙붕의 석유 및 가스 수입 분배 협상을 앞두고 호주비밀정보부(ASIS)가 동티모르 내각을 도청했다며 ASIS를 스파이 혐의로 호주 정부를 ICJ에 제소하였다. 그러나 동 사건에 대한 ICJ의 재판을 앞두고 호주안보정보기구(ASIO)가 동 사건에 대한 동티모르 소송대리인인 호주 변호사가 거주하는 캔버라 소재 자택을 압수수색하였고, 여기서 동티모르 정부와 호주 변호사 사이에 행한 의사교환 내용이 획득되었다. 압수수색으로 획득된 의사교환 내용에는 2002년 동티모르 해 조약에 관하여 계류 중인 중재에 관한 동티모르 정부와 그 법률고문 간의 의사교환이 포함되어 있었다.⁶⁰⁴⁾

2. 사건의 진행 및 평가

동티모르는 재판소 규칙 제74조 제4항에 따라 호주에 대하여 상기 의사교환의 사용금지를 명할 것을 신청하였다. 이에 국제사법재판소는 호주 정부에 제74조에 따른 사용금지 및 반환을 권고하였고 호주 정부가 이를 수용하여 이를 반환하였다. 계류 중인 사건에 대한 비밀 의사교환을 압수하여 그 내용을 지득한 조치는 방어권을 침해하는 것이 명확하므로, 변호사-의뢰인 특권 또는 직무상 비밀보호의 법리에 의하여 보호됨이 명확한바 이 사건에서 국제사법재판소는 이 점을 확인하고 있다.

V. 국제형사재판소 절차 및 증거규정

국제형사재판소 절차 및 증거규정(ICC Rules of Procedure and Evidence) 제

604) Questions Relating to the Seizure and Detention of Certain Documents and Data (Timor-Leste v. Australia), Provisional Measure, 2014 I.C.J. Rep. 147 (2014, 3, 3.); <http://www.icj-cij.org/docket/files/156/18078.pdf> 에서 확인 가능(2022. 2. 17. 최종 확인).

73조는 “Privileged communications and information”이라는 표제 하에 특권으로 보호되는 의사교환 및 정보에 관하여 규정하면서, 제1항에서 의뢰인이 그 법률고문과의 사이에 직업적인 관계의 맥락에서 행한 의사교환은 원칙적으로 특권에 의하여 보호되며 그 결과 증거개시의 대상이 되지 않는다고 규정함으로써⁶⁰⁵⁾ 변호사-의뢰인 간 의사교환에 관하여 이를 ‘특권’으로 인정하여 보호하고 있는 점에서 영미와 유사하다.

그런데 이 규정은 영미에서 변호사-의뢰인 특권 또는 법률전문가 특권의 법적 자문 특권(legal advice privilege)으로 보호되는 의사교환의 요건으로 제시되는 ‘법적 조력을 받을 목적’을 요건으로 명시하지 않고, 대신에 ‘직업적 관계(professional relationship)’의 맥락에서 이러한 의사교환이 있었을 것을 요구하고 있다. 그와 같은 표현은 대륙법계에 기반한 ‘직무상 비밀’의 보호와 닿아 있는 것으로서 대륙법계 규율의 특성이 반영되어 있다. 요컨대 이 규정은 영미법과 대륙법계의 관련 규율을 절충한 형태를 취하고 있다.

한편 이 제73조 제2항⁶⁰⁶⁾은 다른 직업 일반에 있어서도 직업적 관계에서의 의사교환이 기밀성을 갖는 성격인 경우 이를 제1항과 동일하게 특권으로 보호하도록 규정한다. 이는 변호사와 다른 직업군 일반을 별항으로 규정하면서도 실질적으로 동일한 보호를 제공하는 입법으로 주목할 만하다. 더 나아가 동 조항은 기밀성이 있는 다른 관계의 맥락에서 행한 의사교환으로 보호대상을 확장하고 있다.

605) ICC Rules of Procedure and Evidence

Rule 73 Privileged communications and information

1. Without prejudice to article 67, paragraph 1 (b), communications made in the context of the professional relationship between a person and his or her legal counsel shall be regarded as privileged, and consequently not subject to disclosure, unless:

- (a) The person consents in writing to such disclosure; or
- (b) The person voluntarily disclosed the content of the communication to a third party, and that third party then gives evidence of that disclosure.

606) Having regard to rule 63, sub-rule 5, communications made in the context of a class of professional or other confidential relationships shall be regarded as privileged, and consequently not subject to disclosure, under the same terms as in sub-rules 1 (a) and 1

- (b) if a Chamber decides in respect of that class that:
 - (a) Communications occurring within that class of relationship.

제8절 소결



I. 규율의 관점

1. 규율체계

변호사와 의뢰인 간 의사교환의 비밀유지에 대해서는, 크게 이를 변호사 또는 의뢰인이 갖는 권리로서 접근하는 관점과,⁶⁰⁷⁾ 직업적인 신분에 기한 지위 측면을 중심으로 접근하는 관점이 있을 수 있다. 앞서 본 미국, 영국 등 커먼로 계열인 국가의 법제는 전자에, 후술할 프랑스, 독일 등 대륙법계 국가의 법제는 후자에 가깝다.

2. 보호대상

앞서 살펴 본 관점 중 전자의 경우는 보호가 제공되는 대상의 중점이 변호사-의뢰인 간의 의사교환이라는, ‘의사교환’이 갖는 성격에 놓이는 반면에, 후자는 직업적인 성격상 그러한 의사교환을 취급 또는 보관하고 있는 ‘변호사’ 등 직업인이 갖고 있는 지위의 성격에 기초하는 면이 있다. 예컨대 독일 형사소송법 제97조 제1항 및 제2항이 규정한 압수 규제가 변호사 등이 보관하는 목적물에 한정되는 것이 이러한 점을 드러낼 수 있다. 다만 이러한 구분이 절대적인 것은 아니며, 양자를 절충하는 형태의 규율도 빈번하다.

II. 시사점

1. 규율의 차원

프랑스⁶⁰⁸⁾ 및 독일⁶⁰⁹⁾에서는 각 우리의 변호사법에 대응하여 직무윤리 등 사항

607) 주요 각국에서 비밀유지를 위한 권리 차원의 논의와 직무윤리 차원의 논의는 병존하지만 구별되어 논의되는 것이 보통이다. 미국에서도 특권과 별도로 변호사윤리 차원에서 비밀유지의무에 관한 문제가 논의되고 있다.

을 규율하는 일반 법령에서 직무상 비밀의 보호에 관한 규정을 두고 있고, 그와 별도로 각 형사소송법에 변호사를 상대로 한 압수 등 수사에 관하여 직무상 비밀보호를 위한 특별한 규정을 마련하고 있다.⁶¹⁰⁾

한편 변호사-의뢰인 특권의 근거를 연방증거규칙에 두고 이를 증거법적 원칙으로 파악하는 미국에서도 특권에 대한 논의와 별개로 직무윤리 차원에서 직무상 비밀유지의 무에 관한 규율이 별도로 존재하고 있다.⁶¹¹⁾ 이에 의할 때, 주요 각국에서 의사교환의 비밀 보호 침해에 대한 증거법 차원의 규율과 직무윤리에 밀접한 연관을 갖는 비밀유지 의무 차원의 규율은 그 내용뿐만 아니라 체계에 의하여도 구별될 수 있는 것으로 보인다.

특히 프랑스의 경우 종래 변호사에게 제공되는 직업적 비밀보호에 관한 규정이 상술한 타법규정에 이미 존재함에도 불구하고, 그에 더하여 최근 형사소송법 서조에 이를 재차 규정하는 것을 골자로 하는 형사소송법 개정안⁶¹²⁾이 변호사에 대한 직무상 비밀보호의 실효성을 강화하는 차원에서 제안되어 하원을 통과하였다. 이는 같은 내용이 담긴 규율도 그 체계에 따라 효력이나 실효성이 다를 수 있으며, 소송법과 차원이 다른 직무윤리상 규율이 소송법과 완전히 같은 효과를 발생하거나 이를 대체할 수 없음을 전제하는 것으로, 기존에 이 문제의 입법적 해결을 위하여 우리 국회에 제출된 법률 개정안들이 변호사법에 관한 개정안에 집중되어 있던 문제에 시사점을 준다.

2. 보호대상의 설정 기준

프랑스 등 대륙법계 국가에서는 형사소송법에 규정된 직무상 비밀 보호 적용이

608) 「일정한 재판·법률관련 직업의 개혁에 관한 1971. 12. 31.자 법률(법 71-1130호)」 제66-5조.

609) 연방변호사법(BRAO: Bundesrechtsanwaltsordnung) 제43a조 제2항.

610) 프랑스 형사소송법 제56-1조; 독일 형사소송법 제97조 제1항부터 제3항 및 제160a조 각 참조.

611) 예컨대 ABA 모범 규칙은 변호사의 비밀유지 의무에 관하여 광범위한 사항을 규정한다.

612) 프랑스 형사소송법 개정안(2021. 5. 25. 하원 제1독회 수정의결) 제3조

Article 3 Le code de procédure pénale est ainsi modifié:

1° Le III de l'article préliminaire est complété par un alinéa ainsi rédigé: « Le respect du secret professionnel de la défense et du conseil, prévu à l'article 66-5 de la loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques, est garanti au cours de la procédure pénale dans les conditions prévues par le présent code. ».

https://www.assemblee-nationale.fr/dyn/15/textes/115t0612_texte-adopte-seance#에서 확인 가능 (최종확인 2021. 12. 17).

‘변호사에 대한’⁶¹³⁾ 압수 등 강제수사를 대상으로 하는 경향인 반면, 미국 등 영미법 국가에서는 변호사-의뢰인 간 의사교환 그 자체가 보호 여부의 기준인 동시에 대상인 점에서,⁶¹⁴⁾ 양자는 보호대상에 관한 접근 방법을 달리한다. 물론 이러한 기준이 절대적인 것은 아니다.⁶¹⁵⁾ 다만 개략적인 기준은 될 수 있을 것인바, 요컨대 미국에서는 압수 등 자료제출 강제의 상대방이 변호사 또는 그 보조자 등이 아닌 때에도 제출강제된 자료가 변호사-의뢰인 간의 기밀 의사교환인 한 비밀특권을 이유로 그 제출을 거부할 수 있는 것인바 결과적으로 대륙법계에 비하여 그 보호범위가 넓다.

우리나라 형사소송법 제112조 및 일본 형사소송법 제105조의 경우 압수거부권을 행사할 수 있는 주체가 압수 상대방으로서 대상물건을 보관하는 변호사에 한정되어 있어 독일 등 대륙법계에 유사한 형태를 보인다. 이에 대해서는 한일 양국에서 공통적으로 보호범위의 협소함이 문제로 지적되고 있다. 입법적으로 보호대상 확대를 검토하는 방안에는 크게 변호사-의뢰인 간 의사교환 자체를 보호대상으로 하는 방안 및 변호사에 대한 압수 등 강제수사를 규제하는 방안이 있을 수 있다. 넓은 보호범위를 설정하는 데는 전자가 보다 용이할 것인바, 우리 국회에 제출된 기존 개정안들은 전자의 입장을 취하고 있다. 다만 보호범위 외에 다른 사정을 고려할 때 양자를 절충하는 형태를 모색할 여지도 있을 것이다.

3. 보호가 적용되는 소송절차의 범위

보호가 적용되는 소송절차의 범위는 자료제출의 강제여부를 기준으로 판단되는 절차의 성질상 범위, 그리고 보호가 어떤 법령에 의하여 제공되고 있는가에 관련한 규

613) 프랑스 형사소송법 제56-1조; 독일 형사소송법 제97조 제2항(제1항의 제한은 증언거부권자가 대상을 보관하고 있는 경우에만 적용하고..) 및 제160a조 제1항(변호사..를 대상으로 한 수사상 조치는 그 수사대상자들이 증언거부를 할 수 있는 사항에 관한 내용을 취득할 것으로 예상되는 경우에 허용되지 않는다) 참조.

614) 최근의 프랑스 형사소송법 개정과정에서 영국에 대하여 이와 같이 설명하는 프랑스 의회(하원) 보고서로 M. STÉPHANE MAZARS(Député), RAPPORT FAIT AU NOM DE LA COMMISSION DES LOIS CONSTITUTIONNELLES, DE LA LÉGISLATION ET DE L'ADMINISTRATION GÉNÉRALE DE LA RÉPUBLIQUE, SUR LE PROJET DE LOI ORGANIQUE ET LE PROJET DE LOI, APRÈS ENGAGEMENT DE LA PROCÉDURE ACCÉLÉRÉE, pour la confiance dans l'institution judiciaire (nos 4091 et 4092), ASSEMBLÉE NATIONALE, Nos 4146 et 4147, (2021. 5.). 61.

615) 예컨대 미국에서도 ‘변호사에 대한’ 수색 시에 연방 검찰총장이 발표한 규정을 준수하도록 하는 형태의 규제가 부과되기도 한다. 상세는 김주석, “압수 수색절차의 개선방안에 관한 연구”, 사법정책연구원(2016), 101 참조.

정형식상 범위의 두 가지 차원에서 검토될 수 있다. 우선 전자와 관련하여, 미국에서는 형사절차 외에 민사절차에서도 디스커버리 제도에 기하여 증거 제출이 강제될 수 있으므로, 민사절차에 특권이 적용될 수 있음은 물론이다. 반면에 독일에서는 형사절차와 달리 민사절차에서 증거 제출이 원칙적으로 당사자 임의에 맡겨 있으므로, 형사와 달리 직무상 비밀보호에 관한 논의가 활성화되지 않은 상태이다. 프랑스에서는 증거 제출이 강제될 수 있는 개별 절차마다 직무상 비밀보호에 관한 규정을 별도로 두고 있다.⁶¹⁶⁾

다음으로 후자와 관련하여, 미국에서 특권의 근거조항은 연방증거규칙에 규정되어 있는바⁶¹⁷⁾ 민사, 형사절차 외에 행정 등 다른 절차에도 특권에 의한 보호의 적용이 특별히 배제되지 않는다. 반면에 프랑스에서는 앞서 보았듯 직무윤리에 관한 법령에서 직무상 비밀보호에 관한 일반적인 근거규정이 마련되어 있음에도 불구하고 증거 제출이 강제될 수 있는 개별 절차마다 직무상 비밀보호에 관한 규정을 별도로 두고 있다. 이는 개별 절차가 갖는 특유의 성격을 고려하여 개별 절차에 관련 규정을 둔 이상, 그 규정은 그 법령이 규율하는 절차에 한하여 효력을 갖는다는 점을 전제하는 것이다.

우리 제21대 국회에 제출된 변호사법 개정안은 민·형사등 사법절차는 물론 행정절차 일반에까지 특권이 적용되는 것으로 규정하고 있다. 증거제출이 일반적으로 강제된다고 볼 수 없는 민사절차에 전면적으로 이를 적용한 것은 특징적이라고 할 수 있다. 하지만 디스커버리 제도가 본격적으로 도입되지 않은 우리 민사절차에서는 이는 그 도입 이후에 비로소 실질적인 의미를 갖게 될 것으로 본다.

4. 보호대상의 시적, 물적 범위

비밀보호의 대상으로서 보호되는 의사교환의 시적 범위에 관하여, 검토 대상인 주요 각국은 이에 대하여 명문의 규정을 두지 않았으나, 헌법 등 관련 규정의 해석 또는 판례에 의하여 일정한 제한을 부가하고 있다. 프랑스의 경우 파기원은 피고인에게 형사절차가 개시되기 전의 상태에서는 변호권(방어권)이 침해될 여지가 없으므로 피의

616) 프랑스 상법 제L450-4조 및 행정강제에 형사소송법상 직무상 비밀보호에 관한 제56-1조 등 규정을 준용하도록 한 「2018-2022년 프로그램 및 사법개혁에 관한 2019. 3. 23.자 법(법 제2019-222호)(La loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice)」 각 참조.

617) 미국 연방증거규칙 제501조 및 502조.

자 등 지위 취득 전에 일상적으로 변호사로부터 받은 자문행위를 보호대상에서 제외하고 있다.⁶¹⁸⁾ 독일에서는 연방헌법재판소가 의뢰인에 대한 수사 등 절차가 개시되기 이전에 변호사가 내부조사에서 획득한 자료의 압수수색이 헌법에 위반되지 않는다고 판시한바 있다.⁶¹⁹⁾ 미국에서는 특권침해가 수정헌법상 변호인의 조력을 받을 권리 보장에 위반됨을 주장하려면 형사절차가 개시되었을 것을 요구하고 있다.

한편 주요 외국의 판결은 의사교환 자체와 그에 관련하여 또는 수반하여 교부된 물건을 구별하여, 물건 교부에 관하여는 일반적인 의사교환보다 그 보호를 축소하는 경향을 보이기도 한다.⁶²⁰⁾ 반면에 우리 제21대 국회에 제출된 변호사법 개정안은 의사교환에 수반한 자료나 물건에 대해서도 의사교환 자체와 구별 없이 동등한 보호를 제공하고 있어, 주요 외국에 비하여 그 보호의 물적 대상을 보다 넓은 것으로 평가할 수 있다.

5. 비밀보호의 예외사유

미국에서는 이른바 범죄-사기 예외의 경우 변호사-의뢰인 특권을 인정할 정책적 근거, 즉 특권을 인정함으로써 변호사 조력의 기반인 정보제공을 촉진하고 국민 전체의 준법수준을 높인다는 정책적 이익이 소멸하는 점이 특권 배제의 근거로 제시되었다. 이에 범죄가 성립하지 않는 민사상 불법행위 유형에도 특권 인정 근거가 소멸할 수 있음을 인정하여 전통적인 범죄-사기 예외가 범죄 이외 영역에 확대 적용되는 경향임은 앞서 살펴본 바와 같다. 또한 미국에서 변호사-의뢰인 특권은 의뢰인의 권리이며 보호대상은 변호사와 행한 의사교환 자체로 관념되는 만큼, ‘의뢰인’이 특권의 예외를 판단하는 중심이 되어 왔다.

반면 독일과 프랑스에서 인정되는 비밀보장 예외사유는 주로 변호사가 행하거나 시도하려는 범죄와 연관되어 있다. 양 국 형사소송법 모두 압수 또는 강제수사가 변호

618) Cass. crim., 9 février 1988, n° 87-82.709.

619) BVerfG, NJW 2018, 2385 und NJW 2018, 2392.

620) 미국에서 Fisher v. U.S., 425 U.S. 391, 96 S. Ct. 1569, 48 L. Ed. 2d 39 (1976); 프랑스에서 비교 가능한 판결로는 Cass. crim., 11 déc. 2002, n° 01-85000; 전술 본장 제1절 VII. 4. 가. (4) 항 각 참조. 물건 중 우리 형법상 물수대상인 물건(대상물건이 범행으로 생겨났거나 범행에 사용되었거나 사용하기로 의도된 경우 또는 범행에서 유래하는 경우)에 대하여 변호사가 갖는 압수거부권의 예외를 인정하는 독일 형사소송법 제97조 제2항도 참조.

사를 대상으로 하는 경우에 그에게 압수거부나 이의제기권을 부여하는 방식으로 비밀을 보호하여, ‘변호사’에 대한 보호를 통하여 의뢰인을 간접적으로 보호하는 방식을 취하고 있기 때문이다. 예컨대 예외사유를 직접 규정하고 있는 독일 형사소송법은 변호사가 의뢰인의 범행에 가담했다거나 데이터장물죄, 범죄비호죄, 범인은닉죄 또는 장물죄에 가담했다는 혐의가 일정한 사실에 의해 뒷받침되는 경우에 예외를 인정하고 있다.⁶²¹⁾ 프랑스에서는 파기원의 판례⁶²²⁾에 의하여 변호사가 죄를 범하였거나 범하려 시도한 경우에 예외사유가 인정되고 있는바, 이에 의하면 범죄에 특별한 한정이 없고 변호사가 죄를 범한 경우 비밀보장의 예외가 인정되어 의뢰인에게 유죄의 증거로 사용될 수 있다.

우리 형사소송법 제122조, 제219조 및 제21대 국회에 상정된 변호사법 개정안은 “중대한 공익상 필요”를 예외사유로 채택하고 있는바, 이는 독일과 프랑스에 비해서 넓은 반면 미국의 예외사유에 비해 좁은 것으로 평가할 수 있다. 변호사법 개정안이 모든 법분야와 소송절차에 적용되는 점을 고려할 때, 중대한 공익상 필요는 특히 사법상 상정될 수 있는 예외사유를 포괄하지 못할 가능성이 있다.

6. 비밀보호 침해의 효과

미국에서 변호사-의뢰인 특권은 증거법 차원에서 논의된 증거법 원칙이기 때문에, 증거사용 배제가 특권 침해에 대한 가장 기본적인 효과임은 물론이다. 그러나 미국 연방증거규칙에는 증거사용 배제에 대한 규정이 없고, 그 효과를 성문의 법령에 명시하기보다는 판례를 통하여 형성해 가고 있다. 주목할 것은 헌법 위반에 이르지 않는 특권 침해의 경우에는 특권을 침해받은 의사교환으로부터 2차적으로 수집, 획득된 파생증거의 증거사용을 허용하고 있는 점이다.

한편 형사소송법상 압수에 관하여 변호사 비밀보장 문제를 명문으로 규율하는 독일과 프랑스에서도 비밀을 침해하여 수집된 내용의 증거사용이 규제됨은 물론이다. 특히 독일에서는 형사소송법 제160조a 제1항 제2문에서 압수거부권을 침해하여 취득된

621) 독일 형사소송법 제53조 제1항 제1문 제3호, 제97조 제2항 제3문, 제160a조 제4항.

622) Cass, crim., 4 oct. 2016, n° 16-82308; Cass, crim., 9 janv. 2016, n° 15-81041; 전술 191면 참조.

내용에 대한 증거 사용이 금지됨을 명문으로 규정하고 있다. 우리 제21대 국회에 제출된 변호사법 개정안은 위반사유의 경중 등 그 사유에 대한 여하한 구분이 없이, 모든 절차에 대한 일반적 증거사용금지를 명문으로 규정하고 있다.

7. 권리 구제 절차

미국과 프랑스에서는 형사절차에서 변호사-의뢰인 간 의사교환 비밀의 침해에 대한 구제절차를 가장 조기에, 즉각적으로 다룰 수 있는 절차가 운용되고 있다. 기밀 누설을 사전에 방지하기 위하여 압수 단계에서 특권 분쟁을 법원이 판단하는 사전 절차가 운용되어 특권으로 보호되지 않는 자료만이 압수될 수 있는 것이다. 한편 캐나다에서도 이러한 즉각적 구제가 인정됨은 앞서 살펴본 바와 같다. 독일의 경우 명문의 규정이 없는 준향고로 이를 다룰 수 있으나 큰 실익이 없다는 점에서 우리와 큰 차이는 없다. 다만 압수 단계에서 우리보다 강력한 규제를 가하고 있다.

이 중 특히 직무상 비밀보호 관점에서 접근하는 대륙법 체계를 기반으로 변호사법에 직무상 비밀보호의 일반조항을 두면서도 개별법에서 구체적으로 이러한 절차를 규율하고 있는 프랑스의 제도가 주목된다. 즉 변호사에 대하여 사법관인 예심판사가 결정한 압수 시에 직무상 비밀에 의한 보호 여부에 다툼 있는 경우 즉시 이의하면 법원이 이를 판단하게 하여, 보호대상 아닌 목적물만을 압수함으로써 조기 구제에 만전을 기하고 있다.

한편 미국에서는 특권 분쟁에 프리빌리지 로그(privilege log)등 특권 분쟁 심리를 위한 고유의 절차와 법리가 발전하여 있고, 심리 과정에서 비밀누설 방지를 위하여 비공개 심리(in camera) 절차 또는 당사자주의의 예외로서 당사자 일방을 배제한 일방 심리(ex parte) 등을 운용하고 있다. 이 역시 우리 제도에 참고가 될 수 있다.

요컨대 검토대상인 주요 각국에서는, 우리와 법제가 유사한 일본을 제외하면, 수사기관의 압수 단계에서 비밀침해를 이유로 이를 다투는 즉시 법원의 판단을 받아 비밀 보호 대상인 목적물을 제외하여 압수가 진행될 수 있도록 구제수단이 마련된 것이 오히려 통상적이며, 심리 시 비밀누설을 막기 위하여 비공개 심리절차나 압수물 봉인 등 절

차를 강구하고 있다.

그러나 우리 국회에 제출된 변호사법 개정안들에는 증거 배제효를 통한 간접적 구제 외에 사전적 구제절차를 마련하는 규정이 포함된바 없는데, 이에 관한 보완책이 논의될 수 있는 부분으로 보인다.

..... 제 4장

변호사-의뢰인 간 비밀유지에 관한
입법방안

제1절 개선입법의 고려사항



앞선 제2장 및 제3장에서 현재 우리 법제, 판례 및 입법에 관한 논의를 검토하였다. 이하에서는 이를 바탕으로 변호사-의뢰인 간 의사교환 비밀을 충실하게 보장하기 위한 제도를 도입, 개선함에 있어 염두에 두어야 할 점을 정리하여 보고, 다음으로 그 내용을 반영한 구체적인 입법안을 안출하여 제시한다.

I. 규율의 전체적 체계

변호사와 의뢰인 간 의사교환의 비밀유지에 대해서는, 크게 이를 변호사 또는 의뢰인이 갖는 권리로서 접근하는 관점과, 직업적인 신분에 기한 비밀취급 주체로서 갖는 지위 면을 중심으로 접근하는 관점이 있을 수 있다.

앞서 본 미국, 영국 등 커먼로 계열인 국가의 법제는 변호사-의뢰인 특권이나 법률 전문가 특권을 인정하고 있는 데서 보이듯 전자에 가깝다. 반면에 프랑스, 독일 등 대륙법계 국가의 법제는 '직무상 비밀' 보호에 관한 일반조항으로부터 의무는 물론 권리의 성격까지 도출을 모색하고 있다는 점에서 후자에 가깝다.

또한 미국의 경우 연방증거규칙의 입법자가 선언하였듯, 일반적으로 모든 절차에 적용될 수 있는 이러한 특권을 재판에 활용함에 있어서 세부적인 사항에 관하여 일일이 근거규정을 마련하기보다는, 명문규정 없이도 법원이 구체적인 사안에서 특권의 실제적 내용 및 절차에 관한 법리를 형성하여 발전시키는 방법을 채택하고 있다. 반면에 대륙법계 국가의 경우 '직무상 비밀' 보호에 관한 변호사법 등 일반조항이 있더라도 이에 의존하기보다, 개별 절차법에서 직무상 비밀 보호에 관한 구체적인 조항을 마련하고 있다. 이는 영미법계와 대륙법계가 갖는 고유한 규율체계의 특성과 무관하지 않아 보인다.

변호사-의뢰인 간 의사교환의 비밀유지에 관하여 입법적 개선을 도모함에 있어서는 우선 이러한 규율 체계의 큰 틀을 염두에 둘 필요가 있을 것이다.

II. 우리 법률체계와 조화

우리 법제는 변호사법에서 직무상 비밀유지의무를 규정하고 있고, 이것이 직무상 비밀에 관한 일반조항이라고 할 수 있다. 한편 형사소송법과 민사소송법 등 개별 절차법은 직무상 비밀을 취급하는 일정한 주체를 증언거부권자로 열거하고 있고, 특히 형사소송법은 압수와 관련하여 직무상 비밀을 취급하는 일정한 주체에게 압수거부권을 인정하고 있다. 또한 형사와 민사 모두에서 아직 일반, 전면적인 증거개시절차는 도입되어 있지 않다.

이러한 체계는 프랑스, 독일에서 취하고 있는 체계와 유사성이 매우 높다. 양국 모두 우리 변호사법에 대응되는 각국의 법률 조항에서 변호사가 취급하는 직무상 비밀에 관한 일반조항을 두고 있고, 이와 별도로 형사소송법 등 절차법에서 직무상 비밀사항에 따른 증언거부권 및 그 실효성을 보장하기 위한 압수거부권을 규정하고 있다. 다만 변호사법에 규정된 직무상 비밀의 일반적 근거조항에 대하여 우리 변호사법 제26조가 의무만을 규정한 반면, 특히 프랑스의 경우 직무상 비밀의 보호를 선언하고 있는 점에서 다를 뿐이다.

이처럼 현존하는 우리 법률체계는 대륙법계 국가의 그것과 유사성이 매우 높으므로, 변호사-의뢰인 간 의사교환의 비밀유지 보장의 문제를 보완하기 위한 입법을 행함에 있어서는 가급적 이러한 법률체계에 정합할 수 있는 방안을 모색하여야 한다. 또한 변호사 관련 법령에서 직무상 비밀에 관한 일반조항을 둔 것과 별도로, 개별 절차법에서 그 절차의 특성을 고려한 구체적인 규율을 마련하고 있는 대륙법계 규율의 특성도 고려될 필요가 있다.

변호사법상 직무상 비밀보호에 관한 일반조항이 있음에도 그 실효성을 강화하기 위해 형사소송법을 개정하여 같은 내용을 형사소송법에 규정하기에 이른 프랑스의 사례는 바로 이 점에서 시사점을 준다. 한편 이러한 일반조항에 따른 일률적인 규율은 개별 절차가 갖는 고유의 특성이나 법리에 대한 고려를 어렵게 하는 점에서도 신중하게 접근되어야 한다.

만약 대륙법계 국가의 규율체계에 따라 직무상 비밀에 관한 일반조항을 다소 보완하면서 개별 법규에서 직무상 비밀보호를 강화하는 방안을 채택하는 때에는, 주요 대륙법계 국가에서 변호사를 비롯하여 직무상 비밀을 취급하는 다른 직업에 대한 직무상 비밀보호의 규율 체계도 참고가 될 수 있을 것이다.

III. 보호대상의 설정

변호사-의뢰인 간 의사교환의 비밀보장을 개선하기 위한 입법은 우선 무엇을 보호대상으로 할 것인가라는 관점에서 출발할 수 있다. 미국과 영국을 비롯한 커먼로계열 국가의 경우에는 보호가 제공되는 대상의 중점이 변호사-의뢰인 간의 의사교환이라는, ‘의사교환’이 갖는 성격에 놓인다. 반면에, 프랑스와 독일 등 대륙법계 국가에서는 직업적인 성격상 그러한 의사교환을 취급 또는 보관하고 있는, 변호사 등 직업인이 갖고 있는 지위의 성격에 기초하여 그러한 ‘지위’를 갖는 자를 비밀침해로부터 보호하는 것에 중점을 두는 경향이 있다.

예컨대 독일 형사소송법 제97조 제1항 및 제2항이 규정한 압수 규제가 변호사 등 직무상 비밀취급자가 보관하는 목적물에 한정되는 것, 그리고 프랑스 형사소송법 제56-1조가 변호사에 대한 압수수색을 제한하는 것이 이러한 점을 드러낼 수 있다. 다만 상술한 구분은 개략적인 것에 불과하며 절대적인 것은 아니다. 양 방식을 절충하는 형태의 규율도 관찰되며 우리의 경우 그러한 절충적 형태로 개선입법을 안출하는 것도 얼마든지 가능하다고 본다. 영미법과 대륙법계의 이러한 관점 중 어느 것이 반드시 타당하다거나 그렇지 않다고 단정할 수 있는 문제는 아니며, 이는 각국의 법률체계나 현실, 법의식 등을 고려하여 판단될 수 있는 문제일 것이다.

규제의 관점을 설정한 이후에는, 구체적으로 변호사가 어떤 범위의 보호를 제공할 것인가를 결정할 필요가 있다. 예컨대 변호사-의뢰인 간의 의사교환을 보호하는 경우 그 적절한 범위가 설정되어야 할 것이다. 의사교환의 요건 등 보호요건에 대해서는 중요 요건만을 법령에 규율하고 세부적인 사항은 해석에 맡기는 방법도 가능할 것이다.

의뢰인을 어느 단계부터 보호할 것인가 또는 의뢰인과 변호사가 행한 의사교환 중 어느 단계의 것을 보호대상으로 할 것인가에 관한 논의도 적절하게 범위를 설정하고 어디까지 입법하여야 할 것인가를 결정할 필요가 있다.

IV. 의뢰인의 권리주체성 인정

우리의 현행 규율체계에서 주요하게 문제되었던 것은, 변호사-의뢰인 간 의사교환의 비밀유지에 관한 현행 규율체계 하에서 변호사가 이를 주장할 수 있는가를 논외로 하고, 별도의 입법이 없는 이상 의뢰인이 이를 권리로 주장할 수 있는 근거가 없었다는 점이다.

미국과 영국에서 변호사-의뢰인 간 의사교환의 비밀유지에 관하여 인정되는 변호사-의뢰인 특권이나 법률전문가 특권을, 그 명칭에 불구하고 의뢰인의 권리로 인정하는 것은, 근본적으로 이 특권이 변호사가 의뢰인에게 양질의 조력을 제공할 수 있게 하려는 취지에 입각한 권리로서 의뢰인을 위한 것이기 때문이다. 설령 변호사가 의뢰인의 최선의 이익을 위하여 일할 법적 의무를 부담하더라도, 의뢰인 스스로 이를 주장하여 보호받을 수 있도록 하는 것이 의뢰인에게 더 이익이고 보다 강력한 구제수단이 될 것이다.

구체적으로 의뢰인에게 권리주체성을 인정하는 수단으로는, 변호사-의뢰인 간 의사교환에 관한 일반적인 근거규정을 두고 여기에 의뢰인의 권리성을 명시하여 인정하는 방법 또는 이에 대한 침해를 규제하는 개별 법령에서 의뢰인이 침해 등을 다룰 수 있게 하는 방법이 상정될 수 있다.

다만 변호사법 등 변호사에 관한 일반법령에서 의뢰인에게 권리주체성을 규정하는 방안은 변호사-의뢰인 간 의사교환의 비밀보호에 관한 규율을 일반법에 의하여 하도록 결단한 경우에 한하여 채택되는 것이 바람직할 것이다. 또한 변호사법 등 일반법에서 비밀유지에 관한 의뢰인의 권리성을 인정하더라도, 그것이 다른 모든 개별 법률

분야와 관련 절차에서 어떻게 적용되고 운용될 수 있을 것인가에 대해서는 또 다른 고민이 필요할 것이다.

개별 절차법규에서 비밀을 보호받는 구체적인 절차와 관련하여 의뢰인의 권리성을 인정하는 방안은 각 개별 법분야 고유의 특성을 고려하여 절차를 규율할 수 있는 장점이 있다. 다만 이 경우 의뢰인의 권리가 보장될 수 있도록 개별 절차마다 입법에 소홀함이 없도록 하여야 한다.

V. 비밀침해에 대한 조기, 적시의 구제절차

변호사-의뢰인 간 의사교환의 비밀유지를 권리로 규정하더라도, 그것이 실질적으로 보장되려면 그 침해를 적시에 실효적으로 구제받을 수 있는 수단 또는 절차가 함께 마련되어야 한다. 변호사-의뢰인 특권의 핵심은 기밀의 보호에 있고, 공개로 인한 기밀성 상실효과는 비가역적, 영구적이므로 사전에 방지하는 것이 핵심이기 때문이다. 미국에서 다대한 시간과 비용을 들여 특권 침해에 대한 사전 구제절차를 운용하는 것도 바로 이 점을 방증한다.

제21대 국회 발의 개정안은 구제수단으로서 증거배제에 초점을 맞추고 이를 위반한 경우에 대하여 형사처벌을 도입하고 있다. 그러나 증거배제만으로 비밀침해에 대한 권리구제에 충분한가에는 아래에서 보듯 의문이 있다. 또한 침해의 제재로서 형사처벌은 도입에 극히 신중할 필요가 있다.

본안재판 단계에서 사실인정의 증거로 사용하지 않는 것만으로는 기밀침해를 막을 수 없다. 공개재판에서 일단 증거로 제출되면 변호사-의뢰인 의사교환에 특별한 보호를 제공하는 전제인 기밀성이 비가역적으로 상실된다.

이는 기밀성을 보호하려는 특권의 의의 자체를 몰각하고 회복하기 어려운 후속 침해까지 야기할 수 있는 문제이기 때문에, 비밀보호를 위한 실체 및 절차에 관한 입법

을 설계함에 있어서 이 문제가 특히 중요하게 고려되어야 한다.

형사절차의 경우에도 수사기관의 압수수색에 의하여 일단 기밀자료가 입수되어 수사기관이 이를 인식한 이후에는 증거배제만으로 효율적 구제가 될 수 없다. 변호사에 대한 압수수색 현장에서 즉시 이의를 제기하여 목적물을 봉인하고 비밀보호 대상성 및 압수수색 배제 여부를 인권수호의 최후 보루인 법원으로부터 판단 받을 수 있게 하는 프랑스 형사소송법과 캐나다, 미국의 절차는 이 점에서 우리에게 많은 점을 시사한다. 특히 압수수색에서 이러한 절차를 합헌성의 요건으로 판시한 캐나다 연방대법원의 판례는 조기, 적시에 비밀침해를 다루는 절차의 중요성을 잘 보여주는 것으로 생각된다.

VI. 비밀 누설을 최소화하는 구제절차

종국판결에서 증거사용이 배제되기 이전에 사전적인 절차를 통하여 변호사-의뢰인 간 비밀이 담긴 자료의 강제적 제출 등 침해를 사전에 차단하려면, 종국판결 이전에 비밀보호 대상인가 여부에 관한 당사자의 주장을 판단하는 것을 주된 업무로 수행하는, 법원의 권리구제 절차가 필수적이다.

정식재판에 증거가 제출됨으로써 기밀사항이 외부에 공개되는 것을 사전에 차단하는 것이 상술한 절차운용의 핵심이기 때문에, 상술한 절차를 갖추더라도 그 과정에 기밀이 공개될 우려를 최소화하는 제도 설계가 가장 중요하게 고려되어야 한다. 미국의 형사절차에서는 공판정에서 증거배제 이전에 수사단계, 즉 압수수색영장 집행 또는 대배심의 소환장에 대한 불복 형태의 특권침해 분쟁이 발생한 경우 이를 법원의 재량으로 인 카메라(in camera)방식의 비공개 심리를 통하여 판단할 수 있게 함으로써 의사교환 및 수사상 기밀 누설을 최소화하고 있다.

또한 특히 형사절차의 경우 수사기관이 비밀유지에 관한 분쟁의 과정에서 피의자로부터 그에게 불리한 다른 사실에 관한 기밀정보를 취득하게 될 가능성이나, 또는 반대로 피의자가 수사기관의 수사기밀에 관한 기밀정보를 취득하게 할 가능성 및 수사기밀

유지의 필요성 등을 고려하여, 일방 당사자의 관여를 배제하는 일방심리(ex parte) 방식으로 심리를 진행할 수 있게 하고 있는바, 이러한 미국의 제도는 우리의 입법이나 입법 후 제도의 운용에도 참고가 될 수 있을 것이다.

이러한 제도의 운용을 위해서는 권리주장을 위한 사실입증에 필요한 입증방법, 입증책임이나 정도 역시 정비할 필요가 있는바, 여기에서 미국의 프리빌리지 로그(privilege log) 및 진술서 등 소명자료를 통한 주장과 입증이 참고가 될 수 있다. 주장 및 입증정도 여하에 따라 제출되어야 하는 기밀정보의 양도 좌우될 수 있기 때문이다.

비밀누설과 직접 관련된 것은 아니나, 방대한 양의 대상 정보를 정확히 심리하기 위해서는 전문가의 도움이 필요할 수도 있다. 미국의 스페셜 마스터(special master), 테인트 팀(taint team)이 참고가 될 수 있을 것이다.

VII. 예외사유의 정비

국회에 제출된 기존 변호사법 개정안들은 모두 비밀보장의 예외사유 규정을 두고 있다. ‘중대한 공익상 필요’를 예외사유로 한 바 있었으나, 제21대 국회에 계류 중인 변호사법 개정안은 ‘중대한 공익상 필요’와 함께 그 예시로서 “범죄를 범할 목적으로 법률자문을 받은 경우 등”을 추가하고 있다. 이는 ‘중대한 공익상 필요’가 다른 현행법령에서 사용하는 규정임에도 과도하게 추상적이라는 비판을 수용하면서, 국내에서 예외사유로서 널리 논의되어 온 범죄 목적 법률자문을 예시로 명기하여 구체화를 시도한 것으로 보인다.

특권에 대한 범죄/사기 예외(crime/fraud exception)의 인정이 가장 정치하게 발전하여 온 미국에서는 특권이 기초하는 정책적 근거가 상실되거나 다른 정책적 필요가 특권의 근거를 압도하는 경우에 널리 예외를 인정하고 있다. 따라서 범죄/사기 예외(crime/fraud exception)라는 명칭과는 달리, 미국에서 이 예외는 범죄나 사기가 아닌 분야에도 적용되며, 미국 내 다수 관할권에서 민사상 고의 불법행위에도 널리 이 예외를 인정하는 추세이다. 이러한 추세는 미국 뿐 아니라 영국에서도 동일하며, 영국에서

는 범죄/사기 예외라는 명칭 자체가 수정되고 있는 경향이다.

그 외에 미국에서는 다른 다양한 유형으로서, 앞서 보았듯 ‘정당한 사유(good cause)’의 예외나 그 특수형태인 ‘신인(fiduciary)관계’의 예외가 인정되며, 이것은 ‘공익’만으로는 포괄될 수 없는 것이다. 전자의 경우 형사소송에서, 후자의 경우 회사법상 소송에서 주주의 구제수단으로 활발하게 활용되고 있다. 이들 예외사유는 근본적으로 특권의 정책적 이익을 다양한 다른 이익과 형량하여 구체적으로 타당한 해결을 모색한 결과이다.

나아가 중대한 공익상 필요의 예시를 ‘범죄를 범할 목적’으로 한정하는 것은 공익상 필요의 해석을 좁힐 우려가 있다. 따라서 예외사유를 ‘정당한 사유’와 같은 포괄적 형태로 규정하여 판례 등의 집적을 통한 유형론으로 해결하는 방안이 적절하게 모색되어야 할 것이다. 예외사유의 존재에 대하여 어떤 방법으로, 어느 정도로 입증하여야 하는가에 관하여 추가로 논의될 여지가 있는바, 이는 입법 이후 해석을 통하여 논의하는 방안도 가능할 것이다.

제2절 입법안 제시



I. 형사소송법 일부개정법률안

본 연구의 결론으로서, 형사절차에서 변호사-의뢰인 간 의사교환의 비밀보장에 관한 현행 법제 및 기존 개선입법안에 노정된 문제를 해소하기 위하여 아래와 같이 「형사소송법 일부개정법률안」을 제시한다.

형사소송법 일부개정법률안

제112조(업무상비밀과 압수) 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.

제112조의2(동전) 압수의 목적물이 변호사(변호사이었던 자를 포함한다. 이하 이 조에서 같다)가 업무상 위탁을 받은 타인을 법적으로 조력할 목적으로 생성하였거나 또는 그 타인과 주고받은 비밀에 관한 것인 때에는 압수의 상대방인 변호사 또는 그 타인은 압수를 거부할 수 있다. 단, 그 타인의 승낙이 있거나 중대한 공익상 필요가 있는 때에는 예외로 한다.

제149조(업무상비밀과 증언거부) 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.

제149조의2(동전) 변호사(변호사이었던 자를 포함한다. 이하 이 조에서 같다)가 업무상 위탁을 받은 타인을 법적으로 조력할 목적으로 생성하였거나 또는 그 타인과 주고받은 비밀에 관한 사실은 변호사 또는 그 타인이 증언을 거부할 수 있다. 단, 그 타인의 승낙이

있거나 중대한 공익상 필요있는 때에는 예외로 한다.

제160조(증언거부권의 고지) 증인이 제148조, 제149조, 제149조의2에 해당하는 경우에는 재판장은 신문 전에 증언을 거부할 수 있음을 설명하여야 한다.

제219조(준용규정) 제106조, 제107조, 제109조부터 제112조의2까지, 제114조, 제115조 제1항 본문, 제2항, 제118조부터 제132조까지, 제134조, 제135조, 제140조, 제141조, 제333조제2항, 제486조의 규정은 검사 또는 사법경찰관의 본장의 규정에 의한 압수, 수색 또는 검중에 준용한다. 단, 사법경찰관이 제130조, 제132조 및 제134조에 따른 처분을 함에는 검사의 지휘를 받아야 한다.

제417조의2(동전) ① 제219조에서 준용하는 제112조 또는 제112조의2에 따른 거부는 압수를 하는 검사 또는 사법경찰관에게 이의를 신청하는 방법으로 한다. 이 경우 신청한 날로부터 3일 이내에 서면으로 거부사유를 소명하여야 한다.

② 제1항의 신청을 받은 검사 또는 사법경찰관은 신청인의 참여 하에 지체 없이 목적물을 봉인하고 신청인으로 하여금 기명날인 또는 서명하게 한다.

③ 제1항의 신청 및 제2항에 따른 봉인의 진행경과 등을 확인함에 필요한 사항은 조서에 기재하여야 한다.

④ 제1항의 신청에 대한 검사 또는 사법경찰관의 처분에 대하여 불복이 있으면 처분을 송달받은 날로부터 7일 이내에 목적물 소재지를 관할하는 지방법원에 그 처분의 취소 또는 변경을 청구할 수 있다. 이 경우 불복을 청구하는 서면을 그 처분을 한 검사 또는 사법경찰관에게 제출하여야 한다.

⑤ 검사 또는 사법경찰관은 제4항의 서면을 받은 때에는 지체 없이 이를 제1항의 서면 및 제2항의 조서, 제2항에 따라 봉인된 목적물(이하 이 조에서 '서면 등'이라 한다)과 함께 관할법원에 송부하여야 한다.

⑥ 제5항의 서면 등을 송부 받은 법원은 신속하게 결정하여야 한다. 이 경우 제413조부터 제415조까지의 규정을 준용한다.

⑦ 법원은 제6항의 결정을 함에 있어서 비밀보호를 위하여 필요하다고 인정하는 때에는 법정 외 장소에서 심리할 수 있고 청구한 자와 상대방의 의견을 들어 일방만을 참여시킨 채 그 일방이나 제3자를 심문하거나 증거조사를 할 수 있다. 일방만을 참여시켜 심문 또는 증거조사를 한 경우에 그 심문 또는 증거조사가 종료한 때에는 법원사무관 등으로 하여금 상대방에게 그 요지를 고지하게 하여야 한다.

⑧ 제6항의 결정에 관한 사건기록 및 증거물은 열람하거나 등사할 수 없다.

- ⑨ 제186조 제2항의 규정은 제6항에서 준용하는 제414조 제1항에 따른 결정에 준용한다.
- ⑩ 제6항에서 준용하는 제414조 제2항에 따른 결정이 있는 때에는 수사기록에서 그 목적물에 관한 내용을 삭제하고 그 밖에 필요한 조치를 하여야 한다.
- ⑪ 제1항의 신청을 하지 않은 경우에 신청권자의 고의 또는 중대한 과실이 없는 때에는 제308조의2의 적용에 영향을 미치지 아니한다.

II. 법안 설명

1. 논의의 차원: 형사소송법 개정안

가. 서설

제19대부터 최근 제21대 국회에 이르기까지 국회에 발의된 개정입법안은 공통적으로 변호사법 개정안의 형태를 취하고 있으며, 변호사법상 비밀유지의무에 관한 규정인 제26조에 별도의 항을 추가하여 비밀유지의 권리에 관한 조항을 마련하고 있다. 특히 제21대 국회에 제출된 조응천 의원 대표발의안은 변호사-의뢰인 간 의사교환의 비밀을 침해한 경우의 증거법적 효과도 변호사법에 규정하고 있다. 그러나 본 연구는 이 문제를 「형사소송법 개정안」 차원에서 논의 및 입법할 것을 제안한다.

변호사법에 비밀유지에 관한 일반조항을 마련할 수 있겠으나, 변호사법은 변호사가 갖는 권리, 의무 등 직업윤리 측면에서의 지위와 행정규제에 중점을 두고 있어 개별 소송절차를 규율하는 소송법규와 그 취지 및 내용을 달리한다. 또한 변호사법상 단일 조문에 의한 획일적인 규율만으로는 비밀보호 및 예외의 요건 및 판단, 비밀침해 시 증거법적 효과 및 침해에 대한 구제절차 등에 있어서 다양한 절차들이 갖는 고유의 특성 및 법리에 조화되는 제도운용을 도모하기가 용이하지 않을 수 있다.

나. 외국의 입법례

미국에서는 특권에 관하여 입법자가 의도적으로 연방증거규칙에 최소한의 근거만을 두고 구체적인 규율은 원칙적으로 판례에 맡기고 있는바⁶²³⁾ 법원이 특권의 요건 및 예외 법리를 전개함에 있어서는 각 개별 법분야 고유의 특성이 고려되고 있다.⁶²⁴⁾ 독일⁶²⁵⁾ 및 프랑스⁶²⁶⁾의 경우에는 우리 변호사법에 상응한 법령에 직무상 비밀에 관한 일반규정을 두는 것과 별도로, 그 구체적 내용과 보호수준의 상이함을 차치하고 형사소송법에서 변호사에 대한 강제처분에 관하여 직무상 비밀 보장을 위한 개별 규정을 두고 있다.

특히 프랑스에서는 최근 형사소송법상 변호사에 대한 압수수색 등 강제처분에서 직무상 비밀 보호를 강화하는 방향으로 형사소송법을 개정하는 이른바 사법신뢰법 제3조가 입법되어 2022. 3. 1.부터 시행되고 있다.⁶²⁷⁾ 그 핵심 골자는 프랑스 변호사법 제66-5조에 명시된 직무상 비밀보호를 형사소송법 서조 및 제56-1조에 재차 규정하고, 변호사 사무실 또는 주거에 대한 압수 시에 사법관의 압수결정 이유에 혐의의 중대성 등에 비추어 비례성 판단을 명시하며, 사법관의 압수에 제기된 이의에 대하여 석방구금판사가 행한 결정에 불복할 수 있게 하는 등 침해에 대한 구제절차를 강화하도록 제56-1조를 개정하며, 변호사 사무실 외에 의뢰인 또는 제3자의 주거 등에 대한 압수에서도 직무상 비밀로 보호되는 자료에 대하여 제56-1조의 보호절차를 적용하도록 하는 제56-1-1조를 신설하는 등 형사소송법상 변호사와 관련한 직무상 비밀의 보호를 내용 및 절차 측면에서 크게 강화한 것이다.⁶²⁸⁾

623) 전술 제3장 제1절 III. 2. 가. (1) 참조.

624) 형사사건에 대해서는 전술 제3장 제1절 VIII. 2. 나. (5) 이하 등 참조.

625) 전술 제3장 제3절 II. 및 V. 이하 참조.

626) 전술 제3장 제4절 I. 및 III. 참조.

627) 프랑스 사법신뢰법(2022. 3. 1. 시행) 제3조.

628) M. STÉPHANE MAZARS(Député), RAPPORT FAIT AU NOM DE LA COMMISSION DES LOIS CONSTITUTIONNELLES, DE LA LÉGISLATION ET DE L'ADMINISTRATION GÉNÉRALE DE LA RÉPUBLIQUE, SUR LE PROJET DE LOI ORGANIQUE ET LE PROJET DE LOI, APRÈS ENGAGEMENT DE LA PROCÉDURE ACCÉLÉRÉE, pour la confiance dans l'institution judiciaire (nos 4091 et 4092), ASSEMBLÉE NATIONALE, Nos 4146 et 4147, (2021. 5.), 67-68.

다. 이 개정안의 결론

프랑스 형사소송법 및 동 법의 최근 개정은 변호사법 제26조의 단일 조문에 대한 개정법률안 형태로만 논의가 진행 중인 우리 현황에 큰 시사점을 준다. 이 연구가 제시하는 「형사소송법 일부개정법률안」(이하 ‘이 개정안’이라고 한다)은 설령 변호사법에 비밀보호에 관한 일반조항, 예컨대 변호사법 제26조의 직무상 비밀유지의무 조항에 이를 보호 받을 권리를 함께 선언하는 방식의 입법이 도입되는 경우에도 별도로 각 개별법령에 고유한 규율이 필요하다는 인식에 기반하여, 이러한 비밀보장에 관한 규정을 형사소송법에 두는 방안을 제시하였다. 이는 프랑스 및 독일 등의 관련 규율체계와 유사한 것이다. 우리 형사소송법에서 강제적인 자료제출이 문제되는 전형적인 국면은 압수이며, 프랑스 및 독일형사소송법 역시 압수와 관련하여 직무상 비밀보호를 위한 규제를 둔 것에 착안하여, 이 개정안은 압수에 관하여 개선방안을 제시하였다.

또한 변호사와 다른 직무상 비밀주체를 동일하게 또는 다르게 규율할 것인가가 논의될 수 있다. 변호사에 대하여 특히 강화된 직무상 비밀보호를 제공하는 프랑스 형사소송법 제56-1조, 직무상 비밀의 취급주체 중 변호사에 대한 강제수사를 특별히 규제하는 독일 형사소송법 제160a조 등의 입법례에 견주어, 이 연구는 우리 형사소송법 제112조에 열거된 압수거부권 행사주체 중 변호사를 삭제하고 제112조의2를 신설하여 이를 별도로 규정하는 방안을 채택하였다. 참고로 프랑스 형사소송법에서는 수사기관의 압수절차에 있어 직무상 비밀보호를 규율함에 관하여 변호사 및 그 외 다양한 직무상 비밀취급 주체 별로 별도 조문을 두어 고유의 절차를 규정하고 있다. 이는 변호사와 그 직무상 비밀의 특성을 고려한 최적화된 보호규정의 마련을 용이하게 한다.

한편 법 제112조 및 제112조의2는 편제상 법원의 압수에 관한 규정인바, 이 개정안은 법 제219조에 열거된 준용규정에 안 제112조의2를 추가하였다.

라. 적용범위

제21대 국회에 계류된 변호사법 개정안은 국가기관이 주재 또는 관여하는 절차, 즉 사법절차인 형사절차, 민사절차는 물론 행정절차에 이르기까지 변호사-의뢰인 간 의사교환의 비밀보장을 적용하고 그 침해 시에 모든 절차에 있어서 증거배제 효과를 규

정한다. 그러나 앞서 보았듯 변호사법상 단일 조항에 의한 획일적 규율만으로는 개별 절차의 특성을 고려하기가 어렵다.

이 개정안은 「형사소송법 개정안」으로 마련된 것이므로 그 적용범위는 원칙적으로 형사소송에 국한된다. 관련하여 압수 외에 형사상 다른 강제처분을 규정한 다른 형사특별법 역시 같은 취지의 개정이 논의될 여지가 있을 것이다. 한편 행정절차 등 그 밖의 절차에 대해서도 이 개정안을 준용하는 방안이 검토될 수 있다. 참고로 프랑스 형사소송법 제56-1조 제10항⁶²⁹⁾은 동 조의 규제를 다른 법령에 기초한 압수수색 및 가택 방문에 준용하고 있다.

2. 권리의 성격 및 행사주체

가. 권리성의 인정

변호사-의뢰인 간 의사교환의 비밀보장을 둘러싼 최근의 논의들은 주로 의뢰인이 향유할 수 있는 권리성이 인정되어야 한다는 점에 뜻을 모으고 있다. 기존 국회 발의 개정안들 또한 같은 취지이다. 이 개정안 제112조의2 역시 피압수자인 변호사는 물론 피압수자인 의뢰인에게도 기밀 의사교환에 대한 압수거부권을 부여함으로써 권리로서의 성격을 인정하였다.

나. 권리의 성격: 압수거부권 및 증언거부권

이 개정안은 권리의 성격에 관하여 이른바 특권 형태의 적극적 권리를 정면으로 규정하는 형식이 아닌, 종래 규정된 압수거부권을 존치하면서 이를 보완하는 형태를 취하였다. 기존에 형사소송법 제112조에서 압수거부권을 인정하여 수사단계에 이를 준용하고 있는바, 기본적인 형태를 유지함으로써 규율 변화에 따른 혼란을 낮출 수 있는 점, 프랑스 형사소송법 제56-1조의 사법관의 압수에 대한 이의 등 유사한 입법례를 찾을 수 있는 점을 감안하였다.

629) 원문은 다음과 같다. “Les dispositions du présent article sont également applicables aux perquisitions ou visites domiciliaires effectuées, sur le fondement d’autres codes ou de lois spéciales, dans le cabinet d’un avocat ou à son domicile ou dans les locaux mentionnés à l’avant-dernier alinéa.”

증언거부권 역시 종래 규정이 있었기 때문에 이를 존치하면서 보완하는 형태를 취하였다.

다. 행사주체

기존 제112조의 압수거부권은 그 행사주체를 위탁받은 압수대상 물건을 소지 또는 보관하는 변호사로 한정하여 의뢰인이 이를 행사하는 것이 허용되지 않았다. 이 개정안 제112조의2는 행사 주체에 대한 기존 제112조의 한정을 철폐하여, 압수상대방인 의뢰인을 행사 주체에 포함하였다. 참고로 최근 프랑스 형사소송법 개정으로 신설된 동법 제56-1-1조는 종래 변호사 사무실 또는 주거에 대한 압수수색에만 적용되던 제56-1조의 보호를 의뢰인 기타 제3자의 사무실 또는 주거 등에 대한 압수수색에 확대한 바 있다.⁶³⁰⁾

다음으로 변호사가 그 사무실에 보관 중인 기록 등이 압수대상인 경우에 압수상대방 아닌 자, 예컨대 그 변호사에게 사건을 의뢰한 다른 제3자가 그의 기밀 의사교환에 대하여 압수거부권을 주장할 수 있는가가 논의될 수 있으나, 이를 허용할 경우 절차가 과도하게 복잡할 우려가 있어 채택하지 않았다.⁶³¹⁾ 또한 반대의 경우, 즉 압수대상인 의사교환의 당사자 아닌 자는 자기 아닌 다른 제3자와 그 변호인 간 의사교환임을 주장하여 제112조의2에 의하여 압수를 거부할 수 없다.

또한 증언거부권의 경우 현행 규정에는 의뢰인이 증언거부권자로 규정되지 않고 있고, 우리와 규정이 거의 동일한 일본에서도 같은 문제가 지적되었는바,⁶³²⁾ 개정안은 의뢰인도 증언거부권의 행사주체에 포함될 수 있도록 문언을 소폭 수정하였다.

한편 변호사 보관물에 대한 압수에서 압수대상사건에 관련 없는 제3의 의뢰인의 자료가 무분별하게 압수될 가능성에 대해서는 또 다른 차원의 방지책, 예컨대 미국에서

630) 전술 제3장 제4절 III. 4. 다. 이하 참조.

631) 미국의 경우 압수수색의 상대방이 변호사인 경우 의뢰인 외의 제3자는 압수수색에 대하여 수정헌법 제4조 위반을 주장할 수 없다.

632) 전술 제3장 제6절 이하 및 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ワーキンググループ, “弁護士と依頼者の通信秘密保護制度に関する最終報告”, 17 이하 참조.

수사기관의 압수수색 시에 filter team을 운용하게 하는 것과 유사한 차원으로 향후 압수 과정상 변호사 비밀 침해에 대해 수사비례원칙(형소법 제199조 제1항)에 의한 규율을 강화할 여지 등이 열려 있다. 본 시안 제112조의2에서는 이런 점들을 고려하여 압수 거부권의 행사자를 압수 상대방에 국한하였다.

3. 보호대상

가. 변호사가 생성하였거나 의뢰인과 주고받은 비밀사항

이 안의 보호대상은 변호사가 생성하였거나 의뢰인과 주고받은 비밀사항이다. 기존 형사소송법 제112조가 변호사가 생성하였거나 의뢰인에게 준 비밀사항을 보호할 수 없었던 문제점을 보완한 것이다. 즉 기존 규정이 의뢰인이 변호사에게 위탁하는 방향만을 보호한 것과 달리, 이 개정안은 의뢰인과 변호사 간 양 방향의 의사교환을 모두 보호하도록 명시하였고, 변호사가 생성한 비밀사항도 보호대상에 포함하였다. 비밀 의사교환의 형태는 구두나 문서, 기록을 불문하고, 전화, 전자메일, SNS 등 매체도 포함될 수 있다.

나. 변호사가 의뢰인으로부터 제출받은 물건

의사교환 자체가 아닌, 의사교환에 관련하여 변호사가 의뢰인으로부터 제출받은 물건도 제112조의2의 보호대상인가 여부가 논의될 수 있다. 이에 대해서 종래 국회에 발의된 변호사법 개정안은 변호사가 의사교환에 관련하여 의뢰인으로부터 제출받은 물건 등을 의사교환 자체와 구별하는 전제에서, 이를 변호사-의뢰인 간 비밀보장의 대상에 포함한다.

의사교환 자체와 그에 관련하여 또는 수반하여 교부된 물건은 구별될 수 있으며 이를 구별함이 타당하다고 본다. 물건 교부에 관하여 일반적인 의사교환보다 그 보호를 축소하는 입장을 취한 외국의 판결⁶³³⁾ 역시 같은 관점에서 이해할 수 있을 것이다. 물

633) 예컨대 미국의 Fisher v. U.S., 425 U.S. 391, 96 S. Ct. 1569, 48 L. Ed. 2d 39 (1976); 프랑스의 Cass, crim., 11 déc. 2002, n° 01-85000; 물건 중 우리 형법상 몰수 대상인 물건(대상물건이 범행으로 생겨났거나 범행에 사용되었거나 사용하기로 의도된 경우 또는 범행에서 유래하는 경우)에 대하여 변호사가 갖는 압수거부권의 예외를 인정하는 독일 형사소송법 제97조 제2항도 참조.

건의 교부는 증거은닉에 악용될 가능성을 배제할 수 없고, 보호대상인 의사교환의 요건으로 법률조력을 받을 목적을 요구하더라도 입증의 용이하지 않을 수 있다. 그 인정 범위는 외국의 사례 등을 참고하여 해석을 통해 결정될 수 있을 것이다.

다. 의뢰인을 조력할 목적

이 개정안은 변호사-의뢰인 특권에 관한 영미의 법리 및 그 도입에 관한 국내의 여러 논의를 수용하여, 변호사와 의뢰인 간 의사교환이 변호사가 의뢰인을 법적으로 조력하는 것을 목적으로 하는 때에 한하여 보호를 제공하고 있다. 구체적인 내용은 해석에 의하여 정립될 수 있을 것이다.

라. 의사교환의 비밀성

변호사-의뢰인 간 의사교환의 비밀성은 보호를 제공하기 위한 전제이다. 비밀성의 세부 내용은 해석을 통해 정립될 수 있을 것인바, 외부에 공개되지 않도록 의도된 내용인가 여부가 주요한 판단 요소일 것이다. 의사교환의 내용이 다른 방법을 통해서 입수될 가능성이 있다는 이유만으로 기밀성이 부정되지는 않는다.

4. 비밀유지의 예외사유

가. 국내의 논의

국내에서 비밀보장의 예외사유로 논의되는 가장 전형적인 사안 내지 유형은 의뢰인이 범죄로 나아가거나 조장할 목적으로 변호사와 의사교환한 경우이다. 변호사법 개정 논의에서도 이것이 비밀보장의 예외사유로서 가장 전형적인 사례로 논의되었다. 제21대 국회에 계류 중인 조웅천 의원 대표발의 변호사법 개정안은 ‘의뢰인이 범죄를 범할 목적으로 법적 자문을 받은 경우 등 중대한 공익상 필요가 있는 경우’를 예외사유로 규정하여 이러한 논의 현황을 반영하고 있다. 그러나 ‘범죄’ 외에 다른 위법행위를 할 목적이 있는 경우, 또는 위법행위가 아니라도 예외사유로 삼을 수 있는 경우에 관한 논의가 국내에서 크게 활발하지는 않은 상황이다.

나아가 예외사유로 삼을 수 있는 다른 사정에 관한 논의가 진행되는 경우에도,

그것이 상기한 변호사법 개정안에서 비밀유지의 예외사유로 명시된 ‘중대한 공익상 필요’에 포섭될 수 있는가 등에 대하여는 추가적인 논의가 필요할 수 있다. 한편 예외사유인 ‘범죄’ 등 목적에 대하여 실무에서 이를 활용함에 있어 입증 정도나 입증책임의 분배 등 구체적인 절차는 어떠한 것인가 등에 대하여도 추가로 논의될 필요가 있어 보인다.

나. 외국의 제도

미국에서는 특권 보호에 대해 이른바 범죄/사기 예외(crime/fraud exception)를 인정하는 근거로서, 변호사-의뢰인 특권을 인정하는 취지인 의뢰인의 기탄없는 정보제공을 촉진하고 변호의 질을 높임으로써 국민 전체의 준법수준을 높일 수 있다는 정책적인 이익이 범죄나 사기를 목적으로 한 의사교환의 경우에는 소멸한다는 점이 제시되었다. 또한 미국과 영국에서 공히 형사범죄가 아닌 민사상 불법행위 유형에도 특권 인정의 근거가 소멸할 수 있음을 인정하여 전통적인 범죄/사기 예외가 범죄 이외 영역에 확대 적용되는 경향임은 앞서 본 바와 같다.⁶³⁴⁾

한편 독일과 프랑스에서 인정되는 비밀보장 예외사유는 주로 변호사가 의뢰인의 범죄에 가담하거나 시도하려 한 경우와 연관되어 있다. 예컨대 독일 형사소송법은 변호사가 의뢰인의 범행에 가담했다거나 데이터장물죄, 범죄비호죄, 범인은닉죄 또는 장물죄에 가담했다는 혐의가 일정한 사실에 의해 뒷받침되는 경우에 수사기관의 압수수색에서 직무상 비밀보호의 예외를 인정하고 있다.⁶³⁵⁾ 프랑스에서는 파기원 판례⁶³⁶⁾에 의하여 변호사가 죄를 범했거나 시도한 경우에 직무상 비밀에 대한 압수수색이 허용되어 왔으며, 개정 형사소송법 제56-1조는 변호사가 주범 또는 공범으로 죄를 범하였거나 시도한 경우에 압수수색이 허용됨을 명시하고 있다.

예외사유의 입증에 대해서는, 각국에서 표현은 다르나 모두 유죄인정의 정도에 필요한 입증보다는 완화되어 있는 점에서 공통된다. 미국에서는 예외사유인 범죄행위에 대하여 이른바 ‘일견 명백(prima facie)’ 한 사실의 입증, 영국에서도 이에 준하는

634) 전술 제3장 제1절 VIII. 2. 나. 및 제2절 IV. 2. 나. 참조.

635) 독일 형사소송법 제53조 제1항 제1문 제3호, 제97조 제2항 제3문, 제160a조 제4항.

636) Cass, crim., 4 oct. 2016, n° 16-82308; Cass, crim., 9 janv. 2016, n° 15-81041; 전술 제3장 제4절 II. 2. 나. 참조.

입증을, 프랑스에서는 다른 증거 없이 범죄 또는 그 시도사실의 존재 가능성을 제기할 수 있는 사실의 입증,⁶³⁷⁾ 독일에서는 예외사유인 범행에 가담했다는 혐의가 일정한 구체적 사실에 의하여 뒷받침될 것⁶³⁸⁾을 요구하고 있다.

다. 이 개정안: ‘중대한 공익상 필요’

이 개정안 제112조의2는 향후 국내에서 비밀보장 예외사유에 관하여 전개될 수 있는 논의나 이와 관련한 외국의 논의가 반영될 수 있는 통로를 열어두고, 압수거부권에 관한 기존의 형소법 제112조 단서 및 증언거부권에 관한 제149조 단서에 조화될 수 있도록, 압수거부의 예외사유로 기존과 동일한 ‘중대한 공익상 필요’를 채택하였다.

비밀보장의 예외사유는 이를 형소법에서 규정하는가 아니면 변호사법에서 규정하는가에 따라 그 채택 기준 및 결론이 다르게 될 수 있다. 미국 판결에서는 사익으로 포섭될 여지 있는 사유가 변호사-의뢰인 특권의 예외사유로서 고려되기도 한다. 예컨대 변호사-의뢰인 특권의 예외사유 중 하나로 논의되는 신인(fiduciary)관계의 예외에서 그러하다. 회사 이사가 사내변호사와 한 의사교환에 대하여 비밀을 주장하는 경우에, 주주에 대한 관계에서는 신인의무를 고려하여 특권의 예외를 인정함으로써, 주주에 대한 동 특권 주장이 배척될 수 있는 것이다.⁶³⁹⁾

이런 점에서 변호사법의 단일 조항에 의하여 모든 법분야의 예외사유를 규율하고자 할 경우에, ‘중대한 공익상 필요’만으로는 상정 가능한 예외사유를 충분히 포섭하지 못할 우려가 있다. 때문에 변호사법에서 이를 규정한다면 향후 해석에 의해 보다 다양한 예외사유를 전개할 수 있는 ‘정당한 사유’⁶⁴⁰⁾ 같은 표현이 고려될 여지도 있다.

그러나 형사소송법에 이를 규정할 때에는 이 점은 크게 문제되지 않는다. 형사소송의 목적인 적법절차에 의한 적정한 국가형벌권 실현에 고려되어야 할 이익은 공익으

637) 전술 제3장 제4절 III. 4. 다. 참조.

638) 독일 형사소송법 제53조 제1항 제1문 제3호, 제97조 제2항 제3문, 제160a조 제4항; 전술 제3장 제3절 V. 4. 참조.

639) 전술 제3장 제1절 VIII. 4. 이하 참조.

640) 미국에서 이른바 ‘정당한 사유(good cause)’의 예외에 관한 논의는 전술 제3장 제1절 VIII. 3. 이하 참조.

로 포섭될 수 있다. 예컨대 미국에서 진범이 아님에도 억울하게 기소된 피의자가 진범이 그 변호사에게 털어놓은 자인진술이 증거로 제출됨으로써 누명을 벗을 수 있는 사례에 관한 여러 판결을 통해 이른바 특권에 대한 ‘good cause’의 예외가 형성되고 있다. 같은 차원에서, 우리 형사절차에서도 무결한 피고인을 처벌에서 배제하는 이익은 국가형벌권의 적정한 실현에 중대한 공익으로 인정될 수 있을 것이다. 다만 압수거부권 제한을 가능한 한 최소화하기 위하여는 이를 ‘중대한’ 공익상 필요에 한정하는 것이 적절할 수 있다. 나아가 이것은 기존 형소법에 사용된 용어이므로 입법체계 및 용례의 조화 면에서도 이점이 있다.

한편 제21대 국회에 계류된 변호사-의뢰인 간 의사교환 비밀보장에 관한 조응천 의원 발의 변호사법 개정안은 ‘변호사가 자신의 권리를 방어하기 위하여 필요한 때’ 및 ‘변호사가 권리를 실현하기 위해 필요한 경우’를 비밀유지의무의 예외사유로 규정하고 있다. 그러나 이들은 변호사법상 비밀유지의무에 대한 예외사유로 논의되는 것을 별론, 형사소송법의 압수거부권 인정 취지와는 별다른 연관성을 갖지 않는다. 이에 이 개정안 제112조의2는 이들을 예외사유로 명시하지 않았다. 방어나 권리실현 등 필요는 이 개정안의 예외사유인 ‘중대한 공익상 필요’에도 포섭되지 않는다고 할 것이다.

5. 비밀보장의 시기

가. 국내의 논의

비밀보장의 시기는 예컨대 아무런 형사절차에도 연루되지 않은 의뢰인이 그 상태에서 변호사로부터 받은 일상적 자문이 보호되는가의 문제이다. 제19대부터 제21대 국회에 이르기까지 변호사-의뢰인 간 비밀유지에 관하여 발의된 변호사법 개정안들은 모두 시기의 제한 없이 기밀을 보장하고 있다. 이러한 입장은 변호인의 조력을 받을 권리를 충실히 보장함에는 도움이 될 것이나, 이와 상충될 수 있는 다른 이익의 고려에 미흡할 여지가 있다.

나. 외국의 현황

주요 외국에서는 보호대상인 의사교환의 시기에 대해 어떤 형태이든 제약이 부

가되는 경우가 많다. 예컨대 종래 프랑스의 경우 파기원은 피고인에게 형사절차가 개시되기 전의 상태에서는 변호권이 침해될 여지가 없으므로 피의자 이전에 일상적으로 변호사로부터 받은 자문행위를 보호대상에서 제외된다고 하였다.⁶⁴¹⁾ 독일의 경우에도 형사절차가 개시된 이후의 의사교환일 것을 요하는 판례가 있으며,⁶⁴²⁾ 미국의 경우 보호대상인 시기에 대하여 특별한 제한은 없으나 형사절차에서 특권침해행위에 대하여 수정헌법상 변호인의 조력을 받을 권리 위반을 주장하려면 형사절차가 개시되었을 것을 요구하고 있다.⁶⁴³⁾

다. 이 개정안

보호대상인 의사교환의 시기에 제한을 가하는 주요 외국에서도 이를 형사소송법에서 명문으로 규정하고 있지는 않다. 변호인의 조력을 받을 권리를 형사절차와 연계하여 규정한 우리 헌법에서는 아무런 절차가 개시되지 않은 상태에 대하여 입법 및 해석상의 재량이 인정될 수 있으므로, 일단 명문으로 이를 규정하지 않은 상태에서 해석에 맡기어 해결하도록 하고자 이 개정안에는 이에 관한 한정을 두지 않는 것으로 했다.

6. 비밀유지권 침해의 효과

가. 증거사용 배제

증거사용의 배제는 국내에서 변호사-의뢰인 간 의사교환의 비밀 침해에 대한 가장 주요한 효과로 논의된다. 제20대 국회에 제출되었던 나경원 의원 대표발의 변호사법 개정안 및 제21대 국회에 계류 중인 조응천 의원 대표발의 변호사법 개정안은 모두 비밀을 침해하여 획득된 의사교환을 다른 절차에서 증거로 사용할 수 없도록 규정하고 있다.

나. 외국의 제도

미국에서 변호사-의뢰인 특권은 증거법 차원에서 논의된 증거법 원칙이기 때문

641) 전술 제3장 제4절 III. 4. 다. 참조.

642) 전술 제3장 제3절 V. 2. 다. 참조.

643) 전술 제3장 제1절 VII. 4. 이하 참조.

에, 증거사용 배제가 특권 침해에 대한 가장 기본적인 효과임은 물론이다. 그러나 미국 연방증거규칙에는 증거사용 배제에 대한 규정이 없고, 그 효과를 성문의 법령에 명시하기보다는 판례를 통하여 형성해 가고 있다. 주목할 것은 헌법 위반에 이르지 않는 특권 침해의 경우에는 특권을 침해받은 의사교환으로부터 2차적으로 수집, 획득된 파생증거의 증거사용을 허용하고 있는 점이다.

한편 형사소송법상 압수에 관하여 변호사 비밀보장 문제를 명문으로 규율하는 독일과 프랑스에서도 비밀을 침해하여 수집된 내용의 증거사용이 규제됨은 물론이다. 독일에서는 형사소송법 제160조a에서 압수거부권을 침해하여 취득된 내용을 증거로 사용하여서는 안됨을 명문으로 규정하고 있다. 프랑스에서는 이른바 ‘절차무효의 법리’에 의하여 절차무효 효과를 개별 조항에서 규율하는 체계를 취하며, 이러한 체계를 전제로 변호사에 대한 압수절차 규정에서 절차무효를 규정하고 있다. 이처럼 증거사용 배제효과 인정될 수 있다는 큰 틀을 공유하면서도 각국에서 전개되는 그 구체적인 내용에는 약간의 차이가 있다.

관련하여 캐나다 연방대법원이 변호사가 수사기관의 압수수색 현장에서 당황하거나 그 외의 사유로 즉시 특권 보호대상 자료에 대한 압수에 관하여 다투지 못한 경우에도 적절한 절차적 보장을 통해 구제될 수 있어야 한다는 점이 합헌성의 요건임을 설시한 것도 주목된다.⁶⁴⁴⁾

다. 이 개정안: 형사소송법 제308조의2 적용을 전제

우리 형사소송법의 경우 적법한 절차에 따르지 않고 수집한 증거를 증거로 할 수 없다는 이른바 위법수집증거 배제법칙이 제308조의2에 명문으로 규정되어 있고, 이는 형사절차 일반에 적용된다. 이에 증거배제를 명문으로 규정하지 않더라도 제308조의2가 적용되어 그 해석론에 의하여 규율될 수 있으므로, 이 개정안은 수집된 증거에 제308조의2 및 그 해석론이 적용됨을 전제로 하였다. 이를 제308조의2에 맡김으로써 기존 규정 및 판례에 의해 형성된, 우리 형사소송법의 특성이 고려된 증거법 해석 및 체계와 보다 용이하게 조화될 수 있다.

644) 전술 제3장 제5절 II. 2. 다. 이하 참조.

다만 압수거부권을 행사하지 않은 경우 언제나 증거능력이 긍정되는가에 대해서는 다양한 입장이 상정될 수 있다. 변호사가 수사기관의 압수수색 현장에서 즉시 이의하지 못한 경우에도 사후에 적절한 구제수단이 제공되어야 한다는 캐나다 연방대법원 판례는 여기에 시사점을 줄 수 있다. 영미에서 특권의 포기에 준하는 것으로 파악하여 증거능력을 긍정하는 입론도 있을 수 있으나, 압수거부권 주체가 인식하지 못한 상태에서 이를 행사하지 못할 경우가 있으므로, 압수거부권자가 알면서도 고의 또는 중대한 과실로 거부권을 행사하지 않은 경우를 제외한 그 외의 경우에는⁶⁴⁵⁾ 법원이 위법수집 증거배제법칙 적용여부를 판단할 수 있도록 하였다.

제112조의2 및 제219조에 정한 압수거부권을 침해하여 압수된 목적물의 증거능력은 제308조의2에 의하여 판단되므로, 압수거부권을 침해한 수사기관의 압수행위와 관련된 모든 사정, 즉 제112조의2의 취지와 그 위반의 내용 및 정도, 구체적인 위반 행위와 회피가능성, 동 조항이 보호하는 변호사-의뢰인 간 의사교환의 비밀이라는 법익의 성질과 그 침해 정도 및 피고인, 피의자와 관련성, 절차 위반행위와 증거수집 간의 인과관계 등 관련성의 정도, 수사기관의 인식과 의도 등이 전체적·종합적으로 고려될 것이다.

7. 비밀유지 주장의 절차

가. 적시 구제의 중요성

변호사-의뢰인 간 의사교환에 대한 비밀보장의 핵심은 처음부터 그 비밀이 어떤 경로로든 의사에 반하여 공개되지 않도록 방지하는 것에 있다. 비밀이 일단 공개된 이후에는 더 이상 비밀을 보호할 의의가 상실되고, 공개된 내용으로 인하여 의뢰인에게 회복하기 어려운 중대한 손해를 발생시킬 우려가 크다.

이 점에서 증거배제는 침해에 대한 최후의 제재일 뿐 그것만으로 충분한 구제수단이 될 수 없다. 특히 기밀사항이 일단 공개법정에 증거로 제출되면 비밀정보의 공개

645) 증거신청 단계이기는 하나 중대한 과실이 기준이 되는 현행 규정이 있다(형소법 제266조의13, 형소규칙 제156조의5 등).

를 막는 것이 극히 곤란하기 때문에, 공판에 앞서 비밀사항을 수집하는 강제수사 단계에서 수집 자체를 다룰 필요성이 매우 크다.

나. 외국의 제도

주요 각국의 경우 변호사-의뢰인 간 의사교환 비밀의 침해에 대한 구제절차를 조기에 운용하는 사례가 발견된다.

앞서 보았듯 프랑스와 미국, 캐나다에서는 모두 변호사에 대한 압수수색 현장에서 즉시 이의를 제기하여 비밀보호 대상 여부를 인권수호의 최후 보루인 법원으로부터 판단 받는 절차가 마련되어 있다. 특히 프랑스에서 상술한 절차는 형사소송법 제56-1조 및 준용규정이 상세히 명시하고 있다. 압수수색에서 이러한 절차를 합헌성의 요건으로 판시한 캐나다 연방대법원의 판례 역시 조기, 적시에 비밀침해를 다투는 절차구비의 중요성을 잘 보여주는 것으로 생각된다.⁶⁴⁶⁾

프랑스 형사소송법 제56-1조에 의하면 변호사 사무실 또는 주거에 대한 압수 시에는 일반적인 압수와 달리 반드시 사법관(magistrat)인 검사 또는 예심판사가 이유를 명시한 결정에 의하여야 하고, 사전에 변호사협회장 또는 그 대리인에게 이를 통보하여 압수 개시 시부터 현장에 입회하게 하여야 한다. 또한 압수물의 기밀 보호대상 여부에 이의가 있는 경우 즉시 압수물을 봉인하고 석방구금판사(juge des libertés et de la détention)가 이를 판단하도록 규정하는 등, 형사소송법에서 비밀침해를 조기, 적시에 구제하기 위한 절차를 제공하고 있다.

다. 국내의 논의

종래 형사소송법 제112조 및 제219조의 압수거부권에 대해서는 그 활용이 저조하다는 점이 지적된바 있다. 일부에서는 그 원인으로 실제로 이를 행사하기가 쉽지 않다는 점이 거론되기도 하였으나, 그 행사를 용이하게 하기 위한 구체적인 논의가 진행되지는 않았다. 위 제112조와 제219조의 경우 보호대상이 협소한 점에 더하여, 행사절차가 전혀 규정되지 않은 문제가 있다. 압수거부권을 무시한 경우에 제417조의 준항고 가부 또는 증거능력에 관한 논의도 활성화되지 않은 것으로 보인다.

646) 전술 제3장 제5절 II. 2. 다. 이하 참조.

제19대 이후 현 제21대에 이르기까지 국회에 발의된 변호사법 개정안들은 이에 관하여 별다른 언급이 없다. 현재 국회에 계류된 조용천 의원 대표발의안은 비밀침해의 효과로서 판결 또는 그와 유사한 중국 결정 단계에서의 증거사용 배제만을 규정하고 있다.

라. 이 개정안: 준항고 특칙규정 신설(제417조의2)

이 개정안은 변호사-의뢰인 간 의사교환의 비밀을 침해하는 수사기관의 압수에 대하여 현행 형사소송법의 한계 및 수사기관의 압수를 직접 다투도록 한 외국의 입법례를 고려하여, 수사기관이 압수거부권을 침해하는 때에 수사기관의 압수를 대상으로 다투는 준항고 절차를 정한 특칙조항을 형사소송법 제417조의2에 신설하는 방안을 제안하였다.

압수거부권을 침해한 압수는 현행 형사소송법에 의하더라도 기존 제417조의 준항고에 의한 쟁송 대상으로 해석될 수 있을 것이나, 종래 수사기관 처분에 대한 준항고 규정이 극히 간소하여 이 문제에 대한 분쟁을 적절히 규율하기에 충분하지 않은 면이 있으므로, 프랑스, 미국 및 캐나다 등 외국의 입법례를 참고하여 이에 관한 규율을 신설하고자 한 것이다.

우선 프랑스 형사소송법 제56-1조 제1항의 입법례를 참고하여, 제417조의2 제1항 제1문에서 제112조의2 및 제219조의 압수거부권의 행사를 압수를 하는 검사 또는 사법경찰관에 대한 이의신청의 형식으로 하게 함으로써 압수거부권의 행사방식을 명확화하고, 압수를 하는 검사 또는 사법경찰관이 그 적법성을 1차적으로 판단할 수 있도록 하였다. 또한 변호사(제112조의2, 제219조) 및 다른 직역(제112조, 219조)의 업무상 비밀에 따른 압수거부권 쟁송 절차를 일원화하였다.⁶⁴⁷⁾

이의신청의 상대를 준사법기관성이 강한 검사로 한정⁶⁴⁸⁾하는 방안도 있을 수 있으나, 이의신청 편의와 절차효율을 감안하여 압수를 하는 검사 또는 사법경찰관을 상대

647) 변호사와 다른 직역의 업무상 비밀을 동일 차원에서 보호하는 독일의 규정례를 참조하였다.

648) 프랑스에서 변호사에 대한 압수는 일반 압수와 달리 판사·검사 자격이 있는 사법관(magistrat)이 행하게 하고 있다.

로 하는 방안을 채택하였다.

다음으로 수사기관의 압수에 대한 통상적인 준항고의 경우 제기기한에 특별한 제한이 없지만, 이 특칙의 준항고에는 통상적인 준항고와 달리 비밀보호를 위하여 이의 신청 즉시 제417조의2 제2항에 따라 압수물 봉인이 실시되는 효과가 부여되었으므로 사실상 집행정지를 인정하는 것과 유사한 효과가 발생할 여지가 있다. 이를 고려하여 동 조 제1항 제2문에서 이의신청일로부터 3일 이내에 서면으로 압수거부 사유를 제출하도록 하였다.

한편 동 조 제1항에 명시된 압수거부 사유를 소명하는 서면 제출의무에 관하여는 미국이나 영국의 특권 분쟁해결 절차 운용을 참고할 수 있다. 이 서면은 미국에서 사용되는 이른바 ‘프리빌리지 로그(privilege log)’⁶⁴⁹⁾와 유사하게 압수거부의 목적물 및 그 사유를 특정하고 형사소송법 제112조의2 및 제219조에 따른 거부사유 소명을 위한 것이다. ‘프리빌리지 로그(privilege log)’의 특수문제, 예컨대 대상물이 극히 다수인 특수한 경우 등에 대해서도 미국에서 이른바 범주형 프리빌리지 로그(categorical privilege log)⁶⁵⁰⁾가 허용되는 등 다양한 해결책이 제시되고 있으므로, 그 운용이 우리 제도에 참고가 될 수 있을 것이다.

제2항에서는 이의신청된 압수물의 봉인에 관한 규정을 마련하였다. 비밀침해에 관한 분쟁 시 비밀이 공개되지 않도록 하는 것이 권리구제의 핵심이기 때문이다. 또한 봉인 과정에서 적법성을 담보하기 위하여 이의신청인의 참여를 명시하였다.

제3항에서는 프랑스 형사소송법 제56-1조 제3항의 조서를 참조하여, 이의신청 및 봉인 등의 진행경과를 조서에 기재하는 근거를 신설하였다.

제4항에서는 준항고의 취지를 명확히 하고, 그 관할법원을 ‘목적물 소재지를 관할하는 지방법원’으로 명시하였으며, 제기기간을 처분을 송달받은 날부터 7일로 명확히

649) 전술 제3장 제1절 VI. 5. 이하 참조.

650) 전술 제3장 제1절 VI. 5. (7) 참조.

하였다.⁶⁵¹⁾ 준항고의 결정은 법원조직법 제7조 제4항에 따라 단독판사가 하게 될 것이다. 프랑스 형사소송법 제56-1조는 사법관이 하는 압수에 대하여 한 이의에 관하여 석방구급판사가 결정하는 것으로 규정하고 있다.

제5항에서는 법원의 판단을 위하여 이의신청서 등 서류와 봉인된 목적물을 제2항에 신설된 조서와 함께 법원에 송부하도록 규정하였다. 한편 이와 달리 불복이 없는 경우에는 7일 이내 제4항의 불복이 없는 경우 사법경찰관이 봉인을 해제하여 압수를 속행할 수 있음을 형사소송법의 하위 규정에 명시하는 방안도 가능할 것이다.

제6항에서는 항고 결정의 유형 및 재항고에 관한 제413조부터 제415조를 준용하고, 신속처리의 필요성⁶⁵²⁾ 등을 고려하여 신속한 결정을 명시하였다. 프랑스 형사소송법 제56-1조의 경우 처리기한이 5일 이내로 명시되어 있으나,⁶⁵³⁾ 분쟁대상 목적물의 분량 등 개별사건의 성격이 고려될 필요가 있으므로 시한을 명시하지 않았다.

한편 프랑스 형사소송법 제56조 제1항, 제3항은 사법관(magistrat)이 하는 압수 결정 및 그 불복에 대하여 석방구급판사가 하는 결정에 대해 이유를 기재하도록 명시했으나, 이 개정안에서는 검사등이 하는 처분에 이유를 기재하도록 규정하지 않았다. 이는 검사가 이유를 기재하려는 목적에서 자료의 내용을 열람할 우려를 최소화하기 위한 것이다. 하지만 이유를 기재함으로써 처분의 적법성을 담보하고 불복 시 준항고심의 판단 자료로 삼을 수 있으므로 이유를 기재하게 하는 방안도 검토될 수 있다. 만약 이유를 기재하더라도 준항고심은 이유로 기재되지 않은 사항에 대하여도 판단할 수 있다고 볼 것이다. 한편 이 개정안에서는 법원이 그 결정에 이유를 기재하도록 명시하지 않았

651) 헌법재판소 결정취지를 반영하여 최근 제416조의 준항고 청구기간이 3일에서 7일로 개정된바 있음을 고려하였다.

652) 현행 형소법상 신속처리에 관한 규정이 없고, 재판예규에 인신구속 관련 사건에 관하여 그 특성을 고려하여 신속처리가 규정되어 있다[보석·구속집행정지 및 적부심 등 사건의 처리에 관한 예규(재형 2003-5) 개정 2021. 7. 22. (재판예규 제1776-3호, 시행 2021. 7. 22.) “제1조 ① 체포·구속적부심사 청구, 보석 청구, 구속취소 청구 등 형사신청사건은 신속하게 처리하여야 한다.”

653) 이에 관한 상세는 M. STÉPHANE MAZARS(Député), RAPPORT FAIT AU NOM DE LA COMMISSION DES LOIS CONSTITUTIONNELLES, DE LA LÉGISLATION ET DE L'ADMINISTRATION GÉNÉRALE DE LA RÉPUBLIQUE, SUR LE PROJET DE LOI ORGANIQUE ET LE PROJET DE LOI, APRÈS ENGAGEMENT DE LA PROCÉDURE ACCÉLÉRÉE, pour la confiance dans l'institution judiciaire (nos 4091 et 4092), ASSEMBLÉE NATIONALE, Nos 4146 et 4147, (2021. 5.), p.67-68.

으나, 이를 명시하는 방안도 가능할 것이다. 관련 분쟁 사례를 집적, 법리를 발전시키기 위해서라도 결정에 대해 가급적 상세히 이유를 기재함이 바람직할 것으로 본다.

제7항에서는 권리구제 절차에서 기밀이 누설되는 사태를 방지할 필요를 고려하여, 법원의 재량에 의한 in camera 심리 및 일방심리(ex parte) 절차의 근거를 마련하였다.⁶⁵⁴⁾ 한편 이 개정안 제417조의2에 명시되지 않았으나, 미국법의 special master 제도를 참조하여 형사소송법 제279조의2의 전문심리위원제도에 유사한 제도를 도입하여 전문가에 의한 정확하고 신속한 판단을 도모하는 방안도 검토될 수 있을 것이다.

제8항에서는 비밀보호를 위하여 열람등사를 불허하는 것으로 명시하였다.

제9항에서는 이 조항이 절차지연을 도모에 남용되는 것을 방지하고자 소송비용 부담에 관한 제186조 제2항을 준용하였다. 미국에서도 절차 지연 등 목적으로 특권 분쟁을 남용할 우려가 지적되고 있고 우리의 경우에도 다르지 않을 것인바, 남용 우려에 대한 대응하기 위한 취지이다. 구체적인 요건에 대해서는 이보다 강화 또는 약화하는 방안이 논의될 수 있을 것이다.

제10항에서는 법원이 인용결정을 하는 경우 비밀보호를 위하여 필요한 경우 관련 기록삭제 필요한 조치를 할 수 있는 근거를 마련하였다. 프랑스에서는 석방구금판사가 불복을 인용한 경우 조치에 관하여 형사소송법 제56-1조 제6항 에서 규정하고 있다. 독일에서도 변호사 등에 대한 압수에서 비밀을 침해하여 획득된 것으로 확인된 증거에 대하여 그에 관한 기록을 지체 없이 기록에서 삭제하도록 형사소송법 제160a조가 규정하고 있다. 이들을 참고하여 압수 시 비밀 침해가 인정된 경우에 그 침해가 인정된 부분의 기록을 삭제하거나 그 밖에 필요한 조치를 하도록 규정하였다. 압수물 반환에 대해서는 제417조에 의한 준항고 인용결정이 확정된 때에도 인정되므로 특별한 규정이 불요할 것으로 본다.

제11항에서는 압수거부권을 행사하지 않은 경우 압수물의 증거능력에 관한 규정

654) 형사소송법 제297조는 본안의 증거조사에서 당사자 일방을 퇴정하는 절차를 규정하고 있다.

을 마련하였다. 압수물의 증거능력은 형사소송법의 일반 증거법리에 의하여 평가되므로 압수거부권이 침해된 경우 제308조의2가 정한 위법수집증거배제법칙이 적용될 수 있음은 물론이나, 압수거부권을 행사하지 않은 경우에 일률적으로 증거능력을 인정하기보다는 그 사유를 검토하여 개별적으로 판단하는 방안이 강구될 수 있을 것이다. 압수거부권의 주체가 인식하지 못한 상태에서 이를 행사하지 못할 경우도 있으므로, 압수거부권자가 알면서 고의로 또는 중대한 과실로⁶⁵⁵⁾ 거부권을 행사하지 않은 경우를 제외하고 그 외 경우에는 법원이 형사소송법 제308조의2의 위법수집증거배제법칙 적용 여부를 판단할 수 있도록 하였다.

끝으로 형사절차 외에 행정절차 등에 관하여는, 형사소송법의 압수 등에 관한 규정을 다른 법에 따른 압수수색 등에 준용하는 프랑스의 예를 참조하여, 개별 법분야에 준용규정을 마련하여 대응할 수 있을 것이다.⁶⁵⁶⁾

655) 증거신청 단계이기는 하나 중대한 과실이 기준이 되는 현행 규정이 있다(형소법 제266조의13, 형소규칙 제156조의5 등).

656) 행정절차에 관하여 변호사-의뢰인 특권이 필요하다는 논의가 제기되고 있다. 이에 관하여 2022. 2. 28. 자 법률신문 기사 참조 (<https://m.lawtimes.co.kr/Content/Article?serial=176779> 에서 확인 가능)(2022. 2. 28. 최종 확인). 우리와 규정이 유사한 일본에서도 같은 논의가 있다. 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ワーキンググループ, “弁護士と依頼者の通信秘密保護制度に関する最終報告”, 17 이하 참조.

..... 제 5장
결론

국내에서 변호사-의뢰인 간 의사교환의 비밀보장 또는 변호사-의뢰인 특권의 도입이 본격적으로 논의된 것은 그리 오래 전의 일이 아니며, 비교적 최근까지도 이에 관한 논의가 활발하다고 보기 어려웠다. 이를 논의할 필요를 실무와 학계에서 인식하고 본격적인 논의를 촉발하게 한 계기는 주로 형사절차에 관련한 제도의 변화 및 사건들이 제공하였다고 할 수 있다.

즉 당사자주의를 강화한 2007년 형사소송법의 개정 이후 변호인의 조력이 갖는 의미가 과거보다 중요하게 된 반면, 2010년에 대법원이 형사판결을 통하여 현행법상 변호사-의뢰인 특권과 같은 권리가 헌법으로부터 당연히 도출될 수 없음을 확인함에 따라 관련 논의가 싹트기 시작했다. 이후 최근 수 년 간 로펌에 대한 압수수색이 문제된 일련의 사건이 발생하면서 2016년 이후 미국의 변호사-의뢰인 특권과 같은, 변호사-의뢰인 간 의사교환의 비밀보장을 위한 제도 도입을 위한 논의가 본격적으로 진행되기에 이른 것이다.

현행 법제의 해석상 미국의 변호사-의뢰인 특권과 같은 비밀유지를 위한 권리가 도출될 수 있다면, 이 문제를 별도의 입법 없이 법원이 법률의 적절한 해석을 통하여 쉽게 해결할 길이 있었을 것이다. 그러나 헌법을 비롯하여 형사소송법, 민사소송법, 변호사법, 변호사윤리장전 등 국내의 현행 관련 법령을 종합할 때 법령의 해석만으로는 이러한 권리가 인정된다고 보기 어렵다. 상술한 대법원 판결에서 실시되었듯 헌법에 규정된 포괄적 조항으로부터 곧바로 이러한 권리가 인정된다고 보기 어렵고, 미국과 프랑스 등에서도 그 헌법적 권리성을 부정하는 것에서 나타나듯 그 헌법적 권리성의 부정이 비교법적으로 이례적인 모습도 아니다. 이 연구의 제2장 및 제3장에서 이 점을 확인하였다.

이에 변호사-의뢰인 간 의사교환의 비밀보장은 입법적 뒷받침 없이는 그 강화에 한계가 있다. 이 연구는 입법을 통한 개선방안의 모색을 주된 작업 대상으로 하면서 그 과정에서 비교법적 분석을 통하여 시사점을 얻었다. 제3장에서 수행된 비교법적 분석은 현행 법제의 체계 및 개별 규율분야의 특성을 고려하여 이 연구의 결론으로서 ‘형사소송법 개정안’의 형태로 개선방안을 제시하는 주요한 토대가 되었다.

미국의 경우 연방증거규칙의 입법자는 변호사-의뢰인 특권을 비롯한 증거법상 특권을 성문의 규정으로 규율하는 것을 지양하고 판례가 적극적으로 이에 관한 규율을 생성, 발전시키는 것이 바람직함을 천명한바 있다. 이미 그 이전부터 연방 및 주 법원에서 양산된 수많은 판례를 통하여 특권에 관한 법리가 형성되어 왔다.

증거법 차원의 권리인 미국의 변호사-의뢰인 특권은 의뢰인이 변호사에게 솔직하게 정보를 제공하는 것을 촉진하여 변호사로부터 제공받는 법적 조력을 실질화하고 사회 전체의 준법수준을 높인다는 정책적 측면에 근거를 두고 있다. 이에 변호사-의뢰인 간에 행한 법적 조력을 목적으로 행한 기밀의 의사교환이거만 하면 기본적으로 동 특권에 의한 폭넓은 보호가 부여되는바, 미국의 법제는 주요 각국 중에서도 가장 강력한 보장을 제공하는 것으로 평가할 수 있다. 이는 미국에서 특권에 대한 언급에 종종 보이는, 그 보호가 절대적이라는 설명을 통하여 요약될 수 있다.

그런데 미국에서 변호사-의뢰인 특권에 대해서는 앞서 살펴보았듯 광범위한 예외가 인정되고 있다. 가장 전형적인 예외라고 할 수 있는 범죄-사기 예외(crime-fraud exception)는 이제 범죄-사기 외에 다른 다양한 분야의 불법행위 영역까지 확대되고 있다. 또한 헌법적 권리가 아닌 특권이 수정헌법 제6조에 의해 형사소송에서 보장되는 피고인의 대면권 등과의 관계에서 물러서면서 이른바 ‘정당한 이유(good cause)’의 예외가 형성되고 있다고 평가된다. 그 밖에도 이른바 ‘신인(fiduciary)관계’의 예외 및 공동협정의 예외 등을 비롯하여 특권에 대한 여러 예외가 인정된다.

이에 형사절차에서는 일방 당사자인 정부 측에 의한 강제적인 증거수집활동에 대항하여, 민사절차에서는 일방 당사자의 증거개시 청구에 대항하여 각 그 상대방 당사자가 변호사-의뢰인 특권을 주장하고, 이에 대해 재차 그 특권의 예외사유가 주장됨으로써 발생하는, 이른바 특권 분쟁에 관한 방대한 양의 판례가 축적되어 있다. 나아가 특권의 포기는 미국의 특권법에서도 가장 많은 판례가 정치한 논의를 전개하는 분야의 하나이다.

하지만 이와 같은 점들이 곧바로 미국에서 특권의 강력한 보장을 부정하는 논거

가 될 수는 없다. 미국법에서 특권에 대한 강력한 보장의 진면목은 오히려 특권을 주장하고 다투는 절차의 보장에 있다고 보이기 때문이다. 특권의 보호대상은 변호사와 의뢰인 사이의 기밀 의사교환이며, 이 기밀성은 의사교환이 외부에 공개되는 그 순간에 영구적이고 불가역적으로 상실된다. 특히 특권에 의하여 보호되는 자료가 공개재판인 정식 재판에 증거로 제출되어 기밀성을 상실하는 경우에는 그 증거능력을 배제하더라도 후속의 피해 발생을 방지할 수 없게 된다. 따라서 사후적인 증거능력의 배제만으로는 특권침해로 인한 피해를 충분히 구제받기 어렵고, 이는 변호사와 의뢰인 간 기탄없는 의사교환을 촉진하려는 특권의 인정 취지도 반감시키는 결과를 초래한다.

결국 변호사-의뢰인 특권의 실효적인 보장의 핵심은 가능한 한 조기에, 그리고 절차의 각 단계에서 적시에 특권침해를 다투어 기밀 의사교환의 누설을 차단하거나 최소화할 수 있는 절차의 구비에 있다. 미국의 형사절차에는 공소제기 전 정부 측의 압수 또는 대배심에 의한 대물적 소환명령(subpoena)과 같은 강제수사 활동의 단계에서, 변호사-의뢰인 특권에 의하여 보호되는 자료의 강제적인 수집에 대하여 특권 침해를 주장하여 수사 단계에서 그 증거 수집을 다룰 수 있다. 압수 또는 소환명령의 상대방이 특권의 보호대상인 자료에 대한 소환명령 등의 집행 단계에서 그에 이의를 제기하는 경우에는, 즉시 그 집행이 중지되고 법원의 판단을 받는 절차로 이행하게 된다.

이 경우 판사는 대상 자료의 특권 보호 여부를 판단하며, 그 판단을 위하여 재량으로 인 카메라(in camera) 심리절차를 개시할 수 있다. 이 절차는 공개법정이 아닌 판사실에서 수행되는 것으로 기밀성 유지에 용이하고 신속한 진행을 도모할 수 있는 이점이 있다. 나아가 인 카메라(in camera) 심리에 일방심리(ex parte) 방식이 결합하여 당사자 일방이 제출한 증거만으로 판단하는 절차도 운용되고 있다. 형사절차, 특히 수사절차에서 발생하는 특권분쟁에서 수사기관이 특권의 예외를 주장하는 경우에는 수사상 기밀 보호의 요청을 고려하여 일방심리(ex parte) 방식도 활용된다. 인 카메라(in camera) 심리에서는 특권 주장자가 제출한 ‘privilege log’ 및 이에 첨부된 선서진술서(affidavit), 그에 대한 간략 구두설명 및 준비서면을 기반으로 특권 분쟁을 해결함이 통상적이다. 이와 같은 분쟁해결절차가 다대한 비용과 시간을 요함에도 운용되는 것은 특권 자체의 중요성은 물론 특권의 실효성 있는 보호, 즉 비밀 유지를 위하여 이러한

절차가 필요함을 방증한다.

이와 유사한 구제절차는 프랑스 및 캐나다에도 채택되어 있다. 우선 프랑스 형사소송법 제56-1조는 변호사 사무실이나 주거에 대한 압수수색에서 특별한 절차를 규정하여 압수 단계에서 이를 다룰 수 있는 절차를 제공한다. 변호사 사무실이나 주거에 대한 압수수색은 판사 또는 검사 자격을 갖는 사법관(magistrat)이 이유를 기재하여 행한 서면의 결정에 의해서만 수행되며, 변호사에게 보장되는 직무상 비밀에 의하여 보호되는 문서로서 변호권 행사에 관련된 것은 압수대상이 될 수 없는바, 이러한 문서에 대한 압수집행에 대해 집행 현장에서 이의가 제기되면 즉시 압수집행이 정지되고 대상 목적물이 봉인된다.

봉인된 대상물 등은 석방구금판사에게 송부되고, 석방구금판사는 이유를 적시한 명령으로 직무상 비밀에 의한 보호여부에 대하여 판단한다. 2022. 3. 1. 도입 시행되는 개정 형사소송법 제56-1-1조는 이러한 절차를 변호사 사무실이나 주거 외의 장소에 대한 압수수색에 확대 적용하기에 이르고 있다.

이와 같은 절차는 캐나다에서도 운용된다. 캐나다 연방대법원은 변호사에 대한 압수에서 변호사-의뢰인 특권에 의한 보호 여부를 판단 받고자 이의를 신청할 기회 보장 및 이를 판단받기 이전의 기밀누설을 방지하는 대상물의 봉인, 그리고 법원이 압수가 허용된다고 판단한 대상물에 한해 수사기관이 압수할 수 있게 하는 절차적인 보장을 완비하는 것이 그러한 강제수사가 합헌이기 위한 핵심적 요건임을 판례를 통해 확인하였다.

이러한 비교법적 검토를 행한 결과, 변호사-의뢰인 간 의사교환의 비밀을 보장하기 위한 법제는 영미법과 대륙법계 국가 간에 큰 틀에서 서로 다른 모습을 보였다. 변호사-의뢰인 간 의사교환 자체를 특권으로 보호하는 영미법 국가에서는 당사자주의 소송구조를 전제로 형사절차에서의 강제수사 또는 민사절차에서 강제적 증거개시를 통하여 증거제출이 강제되는 국면에서 항변으로 특권을 주장하는 절차가 발전하였다.

반면에 이를 직무상 비밀의 관점에서 보호하는 대륙법 국가에서는 특히 형사절차에서 강제수사로부터 변호사가 보유한 직무상 비밀에 대한 침해를 규제하는 관점에

서 변호사를 상대로 한 강제수사에 대하여 형사소송법 등 개별법에 명문의 규제를 부가하는 규율이 발전하였다. 변호사에 대한 압수수색 절차를 규제하는 프랑스 형사소송법 제56-1조, 직무상 비밀에 대한 압수수색 절차를 규제하는 독일 형사소송법 제97조 및 제160a조는 전형적으로 이러한 모습을 보인다.

한편 우리와 마찬가지로 형사소송법 등에서 명문으로 직무상 비밀을 이유로 한 증언거부권을 인정하는 법제에서도, 증언거부권 인정의 실효성을 보장하기 위하여 증언거부권으로 보호 받는 직무에 대하여 압수 단계에서도 보호받을 수 있도록 관련 근거 규정을 마련하고 있음을 확인하였다. 여기에는 변호사를 다른 직무상 비밀을 취급하는 주체들과 동등하게 규율하는 법제도 있었지만, 변호사에 대하여 직무상 비밀을 취급하는 다른 주체와 차등하여 규율하는 법제도 있었다. 또한 증언거부권에 있어서 다른 주체와 변호사를 동등하게 규율하면서도, 수사기관에 의한 압수에 대해서는 변호사에 대한 규제를 다른 주체들보다 강화하는 법제도 있었다.

이것은 각 국가별로 실정법 규율의 체계, 절차의 특성 그 밖에 처한 환경 등의 상이함에 따라 각 실정에 맞는 변호사-의뢰인 간 의사교환의 비밀보장 수단이 강구된 결과라고 본다. 따라서 우리나라에서 이에 대한 문제점과 입법적 개선방안을 논의함에 있어서도 현행 실정법 규율체계 및 절차의 특성이 충분히 고려되어야 할 것이다.

제4장에서는 제2장에서 검토한 국내법의 현황 및 상술한 제3장의 비교법적 검토를 바탕으로 현재 제기되는 문제점을 해결하기 위한 입법적인 방안을 제시하였다. 2016년 이후 19대 국회부터 현 21대 국회에 이르기까지 국회에 제출된 법률안들은 한결같이 이러한 의사교환의 비밀보장을 변호사법에 규율하고 있다. 나아가 제21대 국회에 제출되어 있는 개정안은 비밀유지를 위반한 경우 일체의 절차에서 증거사용을 배제하는 내용의 입법을 담고 있다.

그러나 이러한 입법이 성사되더라도 실효성을 발휘할 수 있는가에는 의문이 있을 수 있다. 우리 현행 규율은 직무상 비밀의 관점에서 변호사에 대한 강제적 비밀침해를 규제하는 대륙법적 규율에 가깝다. 또한 모든 절차에서 일반적으로 적용되는 특권 법리를 도입하더라도 이를 운용할 수 있는 절차가 구비되어 있지 않다. 위 개정안이 특권 침해의 효과를 증거배제에 국한함으로써 본안판결 외 별도의 특권 분쟁 해결절차가

불요한 이점은 있겠으나, 이러한 절차만으로는 기밀누설을 막을 수 없고 특권을 실효적으로 보장하기 어렵다. 특권의 실효적 보장은 기밀자료의 제출강제를 사전에 차단하고 그 침해를 적시에 다룰 수 있는 절차가 필수적으로 요청되기 때문이다.

이러한 점들을 고려할 때, 일단 현행 체계를 유지하면서 현행법상 보호의 미흡함을 개별법의 개정을 통하여 보완하는 해결이 대안으로 검토될 수 있다. 프랑스에서 변호사에게 직무상 비밀에 관한 특별한 보호를 인정하고 있는 프랑스 변호사법 제66-5조가 이미 존재함에도 불구하고, 특히 개정법이 형사소송절차에서 변호사에 대한 압수수색을 규제하는 형사소송법 제56-1조에 의한 직무상 비밀보호를 더욱 강화하도록 형사소송법 개정을 성사하고, 변호사법 제66-5조와 동일한 내용을 형사소송법 서조에도 재차 규정하기로 한 점은 우리 입법에도 많은 영감과 시사점을 준다.

이에 이 연구의 결론으로 제시된 개정안은 현행 법령의 규율체계를 전제로 이를 유지하면서, 변호사-의뢰인 간 의사교환의 비밀을 특히 우리 법제 하에서 증거제출이 강제되는 국면인 형사소송법상 압수절차에서 보호하고자 하였다. 여기에는 형사소송법에서 증언거부권, 압수거부권 등 개별 절차규정을 통하여 직무상 비밀을 보호하는 프랑스, 독일 등의 입법례를 참고하였다. 형사소송법에 규정된 직무상 비밀을 이유로 한 압수거부권에 관한 제112조에서 변호사를 삭제하고, 그와 별도로 변호사-의뢰인 간 의사교환의 보호에 실효성 있는 보장을 제공할 수 있도록 규율내용을 보완한 제112조의2를 신설하였으며, 이에 부합하도록 증언거부권에 관한 제149조 및 준용규정 등을 정비함으로써, 그간 활용이 저조하였던 직무상 비밀을 이유로 한 압수거부권이 실제 널리 활용될 수 있는 기반을 마련하고자 하였다.

또한 이러한 권리의 행사 절차를 명확히 하고자 제417조의2에서 직무상 비밀을 이유로 한 압수거부권 행사절차를 신설하고, 이러한 절차를 통하여 직무상 비밀사항에 대한 압수 거부를 종국재판 이전에 법원에서 다툼으로써 기밀로 보호되는 사항에 관한 부당한 강제적 증거수집을 사전에 차단할 수 있도록 하였으며, 그 해결 과정에서 변호사-의뢰인 간 의사교환 등 압수 여부가 문제된 직무상 비밀이 외부에 누설되지 않도록 하는 절차상의 장치를 마련하였다. 또한 이러한 제도가 남용되지 않도록 하는 대책도

개정안에 강구하였다.

변호사-의뢰인 간 의사교환의 비밀보장을 위한 법제 마련은 어떤 정답이 있다고 단언할 수 있는 문제가 아니다. 이는 법률체계나 사실적 상황 그리고 법의식을 고려하여 다양한 방안이 도출될 수 있는 문제이다. 다만 이러한 입법논의가 입법으로 열매 맺고 그 입법이 실효성을 거둘 수 있기 위해서는, 우리 법제와 현실에 적합한 입법이 무엇인가에 대한 치열한 고민이 필요하다고 본다.

앞서 제19대 국회 이후 현 제21대 국회에 이르기까지 국회에 발의되었거나 또는 다른 방법을 통해 제시된 개정안들이 영미법상 변호사-의뢰인 간 의사교환에 인정되는 특권의 관점에서 변호사법 개정안에 의한 일원적 규율이라는 고민을 보여 준 것이라면, 이 연구는 이와 다른 관점에서 우리 현행법상 강제적 증거제출이 가장 크게 문제되는 수사기관의 압수수색을 규율하는 형사소송법 개정안의 형태로 이러한 고민을 열매 맺고자 한 것이다. 향후 이러한 고민 간에 문제 해결을 향한 보다 타당한 방안에 관하여 합의점을 모색하기 위한 논의가 활발하게 전개되어 성공적인 입법으로 성사될 수 있기를 기대한다.

참 고 문 헌

【한국어 문헌】

1. 단행본 및 기관 보고서

신동운, 간추린 신형사소송법(제12판), 법문사, 2020.

정형근, 변호사법 주석, 피앤씨미디어, 2016.

최승재, 변호사와 의뢰인 사이의 비밀보호를 위한 제도 연구, 법률신문사, 2013.

헌법재판연구원(연구책임자 김현귀), 변호인 조력의 헌법적 보장, 2018.

한국형사정책연구원(공동연구책임자 서주연·윤종행·천하람), 변호사와 의뢰인 간 비밀유지권에 관한 연구, 2020.

2. 논문

김우진, “변호인 작성의 법률의견서의 증거능력”, 형사판례연구 [21], 한국형사판례연구회, 2013.

김제완, “변론권 보장과 변호사의 비밀유지권-법적 근거와 제도개선방안을 중심으로”, 변론권 보장과 변호사의 비밀유지권 토론회, 대한변호사협회, 2016.

박용철, “변호사가 의뢰인에게 작성해 준 의견서가 압수된 경우 그 의견서의 증거능력 - 대법원 2012. 5. 17. 2009도6788 판결 -”, 형사법연구 제24권 제2호, 한국형사법학회, 2012.

장철준, “헌법상 변호인의 조력을 받을 권리와 의뢰인의 비밀보장”, 헌법학연구 제23권 (1)호, 한국헌법학회, 2017.

정준혁, “사내변호사에 대한 비밀유지권 도입 검토”, 형사정책 제32권 제4호, 한국형사정책학회 2021.

차진석, “변호사-의뢰인의 특권(Attorney-Client Privilege)을 침해한 증거의 형사소송법상 증거능력”, 재판자료 제129집, 법원도서관, 2015.

천하람, “의뢰인 변호사간 비밀유지권”, 변호사 비밀유지권 입법토론회 자료집, 2020.

최광선, “프랑스의 변호사 비밀유지의무”, 비교사법 통권 95호, 한국비교사법학회, 2021.

한애라, “의뢰인-변호사 간 비밀유지권에 관한 검토 및 개선방향”, 법조 제68권 제4호(통권 제 736호), 법조협회, 2019.

3. 그 외 자료 등

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

법률신문 기사 “검찰, 로펌에 압수수색 영장 ‘충격’”, 2022. 2. 28.

(<https://m.lawtimes.co.kr/Content/Article?serial=176779>)

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

조선일보 기사 “물증 찾는다며… 특하면 변호사 사무실 터는 검찰”, 2020. 6. 20.
(https://www.chosun.com/site/data/html_dir/2020/06/20/2020062000182.html).

【국외 문헌】

1. 단행본 및 기관 보고서

BeckOnline Kommentar, BORA, v. 2020.

Carpenter, Chloe · Cutres, James · Goodall, Patrick · King, Henry., THE LAW OF PRIVILEGE(3rd edition), Oxford University Press, 2018.

Wigmore, John H. · McNaughton, John T., Evidence in trials at common law(Volume 8), Boston : Little, Brown, 1961.

Rice, Paul R., Attorney–Client Privilege in the United States, Westlaw online, 2020.

Broun, Kenneth S. · Dix, George E. · Imwinkelried, Edward J. · Kaye, David H., McCormick on Evidence(Practitioner Treatise Series, 8th edition), St. Paul: West, 2020.

REJET, Thierry., DÉNTOLOGIE de la profession d’Avocat(2e édition), LGDJ, 2021.

ÉTUDE D’IMPACT(PROJET DE LOI: Pour la confiance dans l’institution judiciaire) NOR: JUSX2107763L/Bleue-1, 2021. 4. (https://www.assemblee-nationale.fr/dyn/15/textes/115b4091_etude-impact.pdf 에서 확인 가능).

MAZARS, M. Stéphane.(Député), RAPPORT FAIT AU NOM DE LA COMMISSION DES LOIS CONSTITUTIONNELLES, DE LA LÉGISLATION ET DE L’ADMINISTRATION GÉNÉRALE DE LA RÉPUBLIQUE, SUR LE PROJET DE LOI ORGANIQUE ET LE PROJET DE LOI, APRÈS ENGAGEMENT DE LA PROCÉDURE ACCÉLÉRÉE, pour la confiance dans l’institution judiciaire (nos 4091 et 4092), ASSEMBLÉE NATIONALE, Nos 4146 et 4147, 2021, 5.

(https://www.assemblee-nationale.fr/dyn/15/textes/115b4147_texte-adopte-commission#에서 확인 가능).

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ワーキンググループ, 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.

2. 논문

Batts, Jason., “Rethinking Attorney–Client Privilege”, 33 Geo. J. Legal Ethics 1, 2020.

- Pike, Richard S., “The English Law of Legal Professional Privilege: A Guide for American Attorneys”, 4 *Loy. U. Chi. Int'l L. Rev.* 51, 2005.
- Spaulding, Norman W., “The Privilege of Probity: Forgotten Foundations of the Attorney–Client Privilege”, 26 *Geo. J. Legal Ethics* 301, 2013.
- Stone, Richard · Lynn, Veronica., “Confidentiality of Correspondence with Counsel as a Requirement of a Fair Trial in the United Kingdom”, in: *The right to counsel and the protection of attorney–client privilege in criminal proceedings*, Springer, 2019.
- Mosteller, Robert P., “Admissibility of Fruits of Breached Evidentiary Privileges: The Importance of Adversarial Fairness, Party Culpability, and Fear of Immunity”, 81 *Wash. U. L.Q.* 961, 2003.
- Timothy P. Glynn, “Federalizing Privilege”, 52 *Am. U. L. Rev.* 59, 2002.
- Mohan, Vivek · Villasenor, John., “Decrypting the Fifth Amendment: The Limits of Self–Incrimination in the Digital Era”, 15 *U. Pa. J. Const. L. Heightened Scrutiny* 11, 2012.
- Gross, R. Wayne., “Erosion of the Fifth Amendment Through the Use of the Defense Counsel as Witness”, 39 *Hastings L.J.* 927, 1988.
- Weisser, Bettina., “Confidentiality of Correspondence with Counsel as a Requirement of a Fair Trial: The Situation in Germany”, in: *The right to counsel and the protection of attorney–client privilege in criminal proceedings*, Springer, 2019.
- BOURNAZEL, Charrière., “Le secret professionnel à nouveau en péril – À propos de l’arrêt de la Cour de cassation du 16 oct. 2012”, *Éitorial du Président*, 2012, 11, 13.
- Januel, Pierre., “Secret de l’avocat: colère des avocats, étonnement des parlementaires”, *Dalloz actualité* 2021, 10, 27.
- PORTERON, Cédric., “Le secret professionnel de la défense et du conseil: une consécration singulière et des incertitudes à venir”, *AJ Pénal*, 2022.
- 神田雅憲, “刑事弁護における秘密の保護 (2)”, *法学協会雑誌* 138巻 11号, 東京大学大学院法学政治学研究科, 2021.
- 田村陽子, “弁護士の職務上の秘匿特権と通信秘密をめぐる比較法的考察”, *筑波ロー・ジャーナル* 第27号, 2019.

사법정책연구원 발간 연구보고서 목록

■ 2014년

연번	보고서명	연구책임자	발간일
1	재외국민을 위한 가족관계등록사무 처리절차의 개선 방안에 관한 연구	최은정	2014. 12. 30.
2	국선전담변호사제도의 개선방안에 관한 연구	양시훈	2014. 12. 30.
3	파산법원 설치에 따른 회생·파산절차 관여자에 대한 적절한 관리·감독 방안에 관한 연구	강민호	2014. 12. 30.
4	현행 이원적 부동산 공시제도의 발전 방안에 관한 연구	양은상	2014. 12. 30.

■ 2015년

연번	보고서명	연구책임자	발간일
1	국민의 사법행정 참여 방안에 관한 연구	이재석	2015. 2. 27.
2	중·고등학생을 위한 수준별 모의재판 시나리오 개발에 관한 연구 [별책: 모의재판 시나리오 및 지도안]	박원규	2015. 2. 27.
3	오스트리아 司法制度 研究 - 최고재판소, 행정재판소 및 헌법재판소의 상호 관계에 대한 헌법 규정 분석을 중심으로 -	김태호	2015. 2. 27.
4	법관의 초·중·고등학생을 위한 수준별 강의안에 관한 연구 [별책: 강의안(PPT 및 해설 자료)]	황승태	2015. 5. 22.
5	부동산 등기제도의 개선방안에 관한 연구	김상철 양은상	2015. 5. 29.
6	판결에 대한 국민의 이해를 높이고 이를 알릴 수 있는 방안에 관한 연구	양시훈	2015. 5. 30.
7	국민과 함께하는 모의재판 실시 방안에 관한 연구 - 「일반국민용 모의재판 시나리오 모음집」 수록 -	최은정	2015. 6. 10.
8	중·고등학생을 위한 법원체험 프로그램에 관한 연구 [별책: 프로그램 안내]	황승태	2015. 6. 26.

연번	보고서명	연구책임자	발간일
9	효율적인 증거개시·수집을 위한 제도 개선방안에 관한 연구	김정환	2015. 6. 30.
10	디지털 증거의 증거능력 판단에 관한 연구	손지영 김주석	2015. 6. 30.
11	영국의 양형기준제도 - 양형기준제도의 법령 및 현황 -	변지영	2015. 7. 13.
12	영국과 미국의 법관에 의한 중재 및 그 도입 가능성에 관한 연구	이재석	2015. 7. 17.
13	재판기록 및 조서에 관한 실무 개선방안 연구 - 재판서·조서의 전자화, 법정녹음 시행을 중심으로 -	김형진	2015. 7. 24.
14	커뮤니케이션학에 기초한 바람직한 법정 소통 방안에 관한 연구	정채연	2015. 7. 31.
15	법률문헌 등의 인용방법에 관한 연구 - 첨부: 법률문헌 등의 인용방법 표준안 [시안] -	변지영	2015. 9. 14.
16	가사사건의 상담제도 발전방안에 관한 연구	최은정	2015. 11. 9.
17	북한이탈주민에 대한 사법적 지원 방안에 관한 연구	이학인	2015. 11. 13.
18	국민의 사법절차에 대한 이해도 및 재판에 관한 인식 조사 결과의 분석	장수영 이덕환	2015. 11. 25.
19	각국 법원모욕의 제재 방식에 관한 연구	하민경	2015. 11. 27.
20	각국 법관 징계제도에 관한 연구	양시훈 최유경	2015. 12. 23.

▣ 2016년

연번	보고서명	연구책임자	발간일
1	전문가 감정 및 전문심리위원 제도의 개선방안에 관한 연구	강성수	2016. 1. 13.
2	원격영상재판에 관한 연구 - 외국의 원격영상재판 이용현황을 중심으로 -	계인국	2016. 1. 14.
3	성폭력 재판절차에서의 피해자 증인신문 재판참고사항에 관한 연구	이재석	2016. 1. 15.
4	바람직한 법관상 구현을 위한 법관 임용 및 평가 방식에 관한 연구 - 미국과 영국의 제도를 중심으로 -	박준선	2016. 2. 16.
5	동산공시제도 및 동산담보제도의 개선방안에 관한 연구	김정환	2016. 2. 25.
6	한국형 대체적 분쟁 해결(ADR) 제도의 발전 방향에 관한 연구	황승태	2016. 2. 26.
7	압수·수색 절차의 개선방안에 관한 연구	손지영 김주석	2016. 3. 28.
8	정식재판청구제도 개선방안에 관한 연구	김형진 하민경	2016. 3. 28.
9	재산분할의 기준 정립을 위한 방안 연구	최은정 안문희	2016. 4. 4.
10	EU사법재판소(CJEU)와 유럽인권재판소(ECtHR)에 관한 연구	변지영	2016. 8. 26.
11	미국 연방대법원 판결의 유형과 사회적 영향에 대한 연구	이제우	2016. 9. 8.
12	증인신문 절차 및 기법에 관한 연구	김주석	2016. 9. 30.
13	피고인의 형벌감수성이 양형에 미치는 영향에 관한 비교법적 연구	하민경	2016. 10. 17.
14	변호사시험 합격자에 대한 실무연수 방안에 관한 연구	김윤정 양시훈	2016. 10. 21.
15	네덜란드의 사법개혁과 법조인 양성제도에 관한 연구	김주경	2016. 10. 25.
16	미국 특허쟁송실무에 관한 연구 - 연방순회항소법원(CAFC), 연방지방법원, 국제무역위원회(ITC), 특허청(USPTO)을 중심으로 -	송현정	2016. 11. 18.

▣ 2017년

연번	보고서명	연구책임자	발간일
1	민사소액재판의 개선방안에 관한 연구	표현덕	2017. 1. 24.
2	대형 경제 형사사건의 효율적인 관리 및 증거조사 방법에 관한 연구	홍진표	2017. 2. 23.
3	전자정보의 증거조사 현황과 개선방안에 관한 기초 연구	강성수	2017. 2. 28.
4	법원의 프로보노 활동 지원 방안에 관한 연구	김상철	2017. 3. 13.
5	공익소송 제도의 현황과 개선방안	김태호 김정환	2017. 3. 30.
6	규제개혁과 사법심사에 관한 연구	계인국	2017. 4. 28.
7	프랑스 민사소송에서의 증거법에 관한 연구	안문희	2017. 5. 17.
8	북한의 신분·공민·주민등록제도에 관한 연구	이제우	2017. 6. 20.
9	공시송달에 의한 독촉절차 연구	조호성 김주완	2017. 8. 11.
10	법률문헌의 인용방법 표준안 (증보판)	변지영	2017. 8. 30.
11	성년후견제도의 운영에 관한 연구	김윤정	2017. 9. 11.
12	배심원 설명서에 관한 연구	홍진표	2017. 9. 15.
13	각국의 법관 다양화에 관한 연구	김주경	2017. 9. 19.
14	통일 이후 북한지역 토지등기제도의 수립 방안	오세용 박원규 이덕환 장수영	2017. 9. 27.
15	미국 행정법판사제도에 관한 연구	변지영	2017. 11. 21.
16	난민인정과 재판 절차의 개선방안	이혜영 표현덕	2017. 12. 1.
17	미국의 증거배제신청에 관한 연구: 형사소송에서 Motion in Limine와 Motion to Suppress를 중심으로	송현정	2017. 12. 27.
18	미국의 소각하에 관한 연구	오규성	2017. 12. 28.

▣ 2018년

연번	보고서명	연구책임자	발간일
1	다문화 가족에 대한 사법적 지원 방안에 관한 연구	홍진표	2018. 2. 22.
2	대법원 판결과 사회 변화	하민경	2018. 3. 30.
3	중재 활성화를 위한 법원의 역할	김정환 박준선	2018. 4. 30.
4	입양제도 개선방안에 관한 연구	안문희	2018. 4. 30.
5	온라인 분쟁해결(ODR)에 관한 연구	계인국	2018. 6. 15.
6	프랑스, 독일, 일본 상고심의 민사 판결서 작성 방식	하상익	2018. 6. 15.
7	교사용 법교육 강의안 개발에 관한 연구	이종훈 표현덕	2018. 8. 31.
8	재판 중계방송에 관한 연구	염호준	2018. 9. 20.
9	미국 연방파산관리인(U.S. Bankruptcy Administrator) 제도 연구	김현범 오세용 최유나	2018. 10. 10.
10	법원의 헌법판단을 위한 위헌심사기준 연구	이종엽 김주경	2018. 10. 11.
11	시니어판사 제도에 관한 연구	모성준	2018. 11. 2.
12	[법원 인물사] 조진만 전 대법원장	김봉철 김대홍 양은상 최유나	2018. 11. 20.
13	미국의 복잡소송(Complex Litigation)에 관한 연구 - 광역소송을 중심으로 -	이제우 장지용	2018. 12. 26.
14	미국 해외부패방지법에 관한 연구	오규성	2018. 12. 27.
15	아시아·태평양인권법원 설립 전망과 과제 - 지역별 인권법원 설립 경과 중심으로 -	이혜영	2018. 12. 28.
16	국제적인 사법신뢰도 측정방식에 관한 연구	한성수	2018. 12. 28.
17	미국 법관윤리규범에 관한 연구: 외관을 중심으로	송현정	2018. 12. 31.

▣ 2019년

연번	보고서명	연구책임자	발간일
1	입법과 사법의 법률정보협력에 관한 연구	이정은	2019. 1. 28.
2	가정법원 조사관 제도 개선방안에 관한 연구	안문희	2019. 1. 30.
3	해사쟁송절차 개선에 관한 연구	변지영	2019. 2. 27.
4	각국의 정당방위 판단기준과 국민의 법의식	하민경	2019. 2. 28.
5	외국인 인신구속시 영사 통보에 관한 연구	이선미	2019. 3. 29.
6	임기제공무원제도의 바람직한 운영방안에 관한 연구 - 사법부 임기제공무원을 중심으로 -	서현웅	2019. 6. 13.
7	노동쟁송절차의 개선에 관한 연구	이종훈	2019. 6. 19.
8	소년 형사사법절차의 개선에 관한 연구 - 통합적 운용가능성을 중심으로 -	문선주 김윤정	2019. 7. 24.
9	인지제도 및 실무 개선방안에 관한 연구	이혜정	2019. 7. 29.
10	징벌적 손해배상의 적절한 운영방안에 관한 연구	김정환	2019. 8. 9.
11	사법보좌관제도의 발전적 운영방안에 관한 연구	김경오	2019. 8. 23.
12	당사자주의와 직권주의가 조화된 적절한 재판운영	이종엽	2019. 11. 6.
13	우리나라의 행정형 ADR 개선방안에 관한 연구	김봉철	2019. 11. 25.
14	법인 아닌 사단의 공시방안에 관한 연구	이동선	2019. 12. 18.
15	중국의 사법개혁에 관한 연구 [별책: 중국 인민법원 5개년 개혁요강 전문]	김현범	2019. 12. 27.
16	해외의 전관예우 규제사례와 국내 규제방안 모색(1) - 퇴직법관의 변호사 개업에 대한 해외 규제사례 - 해외의 전관예우 규제사례와 국내 규제방안 모색(2) - 해외사례를 토대로 한 퇴직법관의 변호사 개업 규제방안 -	차성안	2019. 12. 31.
17	사회적 소수자 보호에 관한 미국 연방대법원의 판례 연구	송현정	2019. 12. 31.

▣ 2020년

연번	보고서명	연구책임자	발간일
1	가족관계등록제도의 개선방안에 관한 연구 - 등록사항별 증명서를 중심으로 -	이혜정	2020. 2. 19.
2	스위스 연방의회 제도에 관한 연구 - 입법과정 등을 중심으로 -	최용훈	2020. 2. 28.
3	성폭력 형사사건에서 피해자 진술의 신빙성과 경험칙에 관한 연구	이선미 박용철	2020. 3. 11.
4	미국 통합가정법원(Unified Family Court)에 관한 연구	안문희	2020. 3. 17.
5	외국재판의 승인과 집행에 관한 연구	김효정 장지용	2020. 3. 20.
6	법적판단에 있어 인지적 오류와 극복방안	이종엽	2020. 3. 31.
7	법원의 국제인권조약 적용 현황과 과제	이혜영	2020. 3. 31.
8	형사 전자소송의 바람직한 발전방향	정성민	2020. 4. 10.
9	대형 재난 발생 시 법원의 대응과 조치에 관한 연구	성대규	2020. 4. 27.
10	민사소송 및 집행 절차에서의 개인정보 보호에 관한 연구	박우경	2020. 4. 29.
11	베트남·캄보디아·라오스의 상업등기제도에 관한 연구	정호경	2020. 5. 14.
12	법조일원화 시대에 걸맞은 바람직한 법관 임용제도	김신유	2020. 6. 18.
13	강제집행의 실효성 확보방안에 관한 연구 - 집행채무자에 대한 재산탐지제도와 간접강제제도를 중심으로 -	김경오	2020. 7. 21.
14	재판연구원 제도의 바람직한 운영방안	문선주	2020. 7. 24.
15	국제상사법원에 관한 연구	김정환	2020. 9. 23.
16	독일 법관법에 관한 연구 - 직업법관의 신분과 법적 지위를 중심으로 -	김봉철	2020. 11. 3.
17	벌금형 양형기준에 관한 연구	백광균	2020. 12. 8.
18	영국 입법과정에 관한 연구 - 이해관계 조정절차를 중심으로 -	이지민	2020. 12. 22.
19	혐오 표현의 판단 기준에 관한 비교법적 연구	송현정	2020. 12. 23.
20	법률서비스 보험제도 연구	이은빈	2020. 12. 31.

▣ 2021년

연번	보고서명	연구책임자	발간일
1	판사 임용을 위한 적정 법조재직연수에 관한 연구	김신유	2021. 2. 26.
2	디지털 증거 압수수색 개선방안에 관한 연구 - 법률 개정에 관한 논의를 중심으로 -	박병민	2021. 3. 12.
3	공정하고 충실한 법원업무 실현을 위한 법원공무원 직급·직렬구조 개편 방안	이학구	2021. 3. 18.
4	상고심 재판의 개선방안에 관한 연구 - 상고이유서 원심법원 제출제도 및 재항고 제한제도 도입을 중심으로 -	강영재	2021. 3. 18.
5	등기관 처분에 대한 이의절차 개선방안 연구	정호경	2021. 3. 23.
6	전자소송 등 업무환경 변화에 따른 법원공무원의 인력운영 방안	박미정	2021. 3. 31.
7	체제 전환기의 국내·국제혼합 특별형사법원과 통일 한국에의 합의	이혜영	2021. 3. 31.
8	형사재판절차에서의 개인정보 보호에 관한 연구 [별책: 국제형사재판소 재판실무편람 (2019)]	이민형	2021. 4. 23.
9	도산사건의 실증적 연구와 법원의 역할 - 개인도산사건을 중심으로 -	김동현	2021. 4. 30.
10	법조일원화 시대의 법관전문화 방안	윤찬영	2021. 5. 11.
11	유럽연합(EU)의 통합적 분쟁해결절차에 관한 연구 - 지급명령 및 소액소송 절차를 중심으로 -	성대규	2021. 5. 14.
12	형사재판에서의 회복적·치료적 사법에 관한 연구	박기쁨	2021. 5. 24.
13	국제적 전자송달에 관한 연구	김효정	2021. 5. 31.
14	사법절차 및 사법서비스에서 인공지능 기술의 도입 및 수용을 위한 정책 연구	정채연	2021. 8. 26.
15	집행관제도 개선방안 연구 - 부동산 등 인도집행을 중심으로 -	나수경	2021. 9. 17.
16	행정재판과 법의 일반원칙 - 프랑스 행정법상 법의 일반원칙을 중심으로 -	박우경	2021. 9. 30.
17	수사기관 작성 조서의 증거 사용에 관한 연구 : 2020년 개정 형사소송법에 따른 실무 변화 모색	이상훈 정성민 백광균	2021. 10. 1.
18	주민자율조정을 통한 이웃분쟁 해결에 관한 연구	김봉철	2021. 10. 18.
19	법관의 직무상 이해관계 충돌과 그 해소방안에 관한 법적 연구 - 법관의 주식보유 및 거래와 관련 재판의 공정성 담보방안을 중심으로 -	김정환	2021. 10. 29.
20	다중대표소송에 관한 연구	심정희	2021. 10. 29.
21	법관 업무부담 및 그 영향요인에 관한 연구	홍보람	2021. 12. 10.

▣ 2022년

연번	보고서명	연구책임자	발간일
1	베트남·라오스·몽골의 부동산등기제도에 관한 연구	정호경	2022. 1. 10.
2	민사소송절차에서 비밀 보호에 관한 연구 - in camera 심리절차를 중심으로 -	박병민 이주연	2022. 1. 14.
3	각국의 상고심 실질심리 사건 선별 방식에 관한 연구	강영재	2022. 2. 18.
4	공탁제도 및 공탁절차에 관한 개선방안	박미정	2022. 3. 4.
5	문서감정인 자격에 관한 개선 방안	김주석	2022. 3. 14.
6	팬데믹 시대 재판의 대응과 과제	이은빈	2022. 3. 17.
7	법정녹음을 활용한 바람직한 재판의 운영 및 기록화 방안 - 녹음제도의 확대 및 개선 방안을 중심으로 -	이민형	2022. 3. 22.
8	결사의 자유에 관한 국제노동기구(ILO) 기본협약 비준과 노동법의 쟁점	김동현 이혜영	2022. 4. 14.
9	조정제도의 합리적 운영을 위한 조정구조 개선방안에 관한 연구	윤찬영	2022. 5. 6.
10	민사전자소송 시행 10년, 그 성과와 전망 - 민사 본안소송을 중심으로 -	전휴재	2022. 5. 20.
11	변호사-의뢰인 간 의사교환의 비밀보장에 관한 연구 - 형사절차에서 증거수집 및 사용을 중심으로 -	이상훈	2022. 7. 15.

변호사-의뢰인 간 의사교환의
비밀보장에 관한 연구
- 형사절차에서 증거수집 및 사용을 중심으로 -

2022년 7월 6일 인쇄

2022년 7월 15일 발행

발 행 처 사법정책연구원

고양시 일산동구 호수로 550

TEL 031-920-3583

인 쇄 처 감디자인

TEL 031-939-3300

〈비매품〉

1. 본 책자의 무단 복제 및 전재는 삼가주시기 바랍니다.
2. 전문(全文)은 사법정책연구원 홈페이지(<https://jpri.scourt.go.kr>)에 게시되어 있습니다.

ISBN 979-11-6168-227-3 95360



사법정책연구원



10413 경기도 고양시 일산동구 호수로 550 본관동 4, 9, 10층
대표전화 : 031)920-3583 E-mail : jpriga100@scourt.go.kr

