

## 변호사윤리로서 비밀유지의무\*

### A Study on The Lawyer's Duty of Confidentiality

배성호(Bae, Sung Ho)\*\*

#### ABSTRACT

It is a lawyer's obligatory duty to maintain Client Confidentiality. This is a one of the fundamental values that a lawyer-client relationship is based upon. The lawyer must maintain this confidentiality so that an effective professional relationship can flourish, the client must feel enabled to be open and honest without fear of persecution. Below are explanations of comparative with other country's legal methods.

- 1) The legal basis of lawyer-client confidentiality.
- 2) The obligatory need to maintain professional secrecy.
- 3) Being bound by professional ethics to maintain confidentiality.
- 4) The obligatory exoneration of a client.

Key Words : 변호사의 직업윤리(Lawyer's Duty), 비밀유지의무(A Duty of Confidentiality), 충실의무(A Duty of faithfulness), gate-keeper문제(The Problem of gate-keeper), 비밀유지의무의 해제(The obligatory exoneration)

## I. 서론

변호사가 직무상 알게 된 비밀의 유지는 변호사의 의무이며 권리이다. 비밀유지의무는 변호사의 의뢰인에 대한 충실의무와 나란히 직무상 근간적 가치(core value)이다.<sup>1)</sup> 변호사의 비밀유지의무는 의뢰인의 변호사에 대한 신뢰의 기초가 되고, 변호사는 의뢰사항과 관련하여 모든 정보를 의뢰인과 공유하게 됨으로써 의뢰인을 위한 가장 효과적인 법적 서비스를 제공하게 된다. 만약 의뢰인이 변호사를 신뢰하지 못하여 의뢰인으로 부터 진실을 듣지 못한다면, 변호사는 법원에 확신 있는 사실주장을 할 수 없으며, 이

\* 본 연구는 2006학년도 영남대학교 학술연구조성비에 의한 것임

\*\* 영남대학교 법과대학 교수·법학박사

1) 田中紘三, 辯護士の役割と倫理, 2004, 245면

러한 확신 없는 사실주장에 근거한 법원의 판단 역시 설득력이 결여되어, 결국에는 사법제도 근간에 대한 신뢰마저 상실되게 될 것이다. 변호사의 비밀유지는 자신의 정보에 관한 자기결정권에 의하여 보장되는 의뢰인의 개인적 이익의 보호에 기여하며, 또한 변호사의 비밀유지를 필수요소로 하는 법치국가적인 법률보호에 대한 공공의 신뢰라는 공동체적 이익의 보호에도 기여한다. 변호사가 직무상 알게 된 비밀의 유지를 의무 및 권리의 형태로 보호하는 것은 법치국가에서 필수불가결한 변호사제도의 보장을 위하여 반드시 필요한 것이다. 변호사가 직무상 알게 된 비밀을 누설한 경우는 형법 제317조에 의한 업무상비밀누설죄로 처벌될 뿐만 아니라 변호사법 제91조 제2항 제1호에 해당되어 징계를 받는다.

한편 변호사의 비밀유지의무는 절대적인 것은 아니다. 경우에 따라서는 비밀유지보다 비밀의 개시가 더욱 큰 가치를 가지는 경우도 있을 수 있다. 이는 변호사법 제26조에 “법률에 특별한 규정이 있는 경우에는 그러하지 아니하다”라는 단서와 형사소송법 제149조의 “...본인의 승낙이 있거나 중대한 공익상 필요 있는 때...”가 부가되어 있는 것으로부터도 분명하다.

변호사의 비밀유지의무와 관련하여 변호사는 어떤 경우에 어떤 사항을 비밀로 유지하지 않으면 아니 되는가. 변호사가 비밀유지의무를 부담하는 실질적인 이유는 무엇인가. 또한 어떠한 경우에 변호사가 유지하여야 할 비밀의 개시가 허용되고, 또는 강제되는가 등이 문제된다. 나아가 종래에는 당연 비밀유지의무의 범위에 속한다고 생각되어 지던 사항에 대해서도 비밀의 개시가 인정되고 혹은 내부고발을 장려하고 더욱이 강제적 비밀개시를 구하는 각종 제도가 신설되는 것도 주목할 만하다.

본 고에서는 변호사의 비밀유지의무의 근거, 비밀유지의무의 특질, 비밀유지의무의 범위, 비밀유지의무의 해제(변호사법, 형사소송법 및 변호사윤리장전 윤리규칙에 있어서 해제·비밀유지의무와 공공의 이익·위법행위에 대한 외부통고문제[소위 gate keeper문제]) 등에 대하여 미국과 일본에서의 논의와 판례를 참조하여 시사하는 바를 얻고자 한다.

## II. 변호사의 비밀유지의무의 근거와 특질

### 1. 변호사의 비밀유지의무의 법적 근거

가. 비밀유지의무에 관한 법규정을 개관하면, 변호사법과 변호사윤리장전이 정하는 비밀유지의무, 형법의 비밀누설죄, 형사소송법의 압수거부권 및 증언거부권, 민사소송법의 증언거부권 및 문서제출거부권 등이 있다.

변호사법 제26조는 “변호사 또는 변호사이었던 자는 그 직무상 알게 된 비밀을 누설하여서는 아니된다”고 하고, 변호사윤리장전 윤리규칙 제23조는 “변호사는 업무상 알게

된 의뢰인의 비밀을 공개하여서는 아니된다”고 규정하고 있다. 그러나 변호사법 제26조에는 “다만 법률에 특별한 규정이 있는 경우에는 그러하지 아니하다”라고 하는 유보가 있고, 변호사윤리장전 윤리규칙 제23조에는 “다만 공익상의 이유가 있거나 변호사 자신의 권리를 옹호하기 위하여 필요한 경우에는 최소한의 범위에서 이를 공개할 수 있다”라는 조건이 부가되어 있다.

형법에는 변호사뿐만 아니라 의사, 약제사 등의 전문직을 대상으로 하여 비밀누설죄의 규정이 있고, 위반행위는 3년 이하의 징역이나 금고, 10년 이하의 자격정지 또는 700만원 이하의 벌금에 처한다고 하고 있다(제317조). 또한 형사소송법에는 변호사와 함께 의사 등의 전문직을 대상으로 하여 직무상 알게 된 비밀에 대한 증언거부권(제149조)과 압수거부권(제112조)을 규정하고 있다. 그리고 민사소송법 제315조 제1항 1호에도 증언거부권과 제344조 제1항 3호 다목에 문서제출거부권이 규정되어 있다.

나. 미국 ABA의 변호사업무모범규칙(ABA Model Rules of Professional Conduct: 이하 ‘모범규칙’이라 칭한다) 1.6(a)는 “의뢰인이 상담을 받고 나서 승낙한 경우가 아니면 변호사는 의뢰인을 위한 직무와 관련된 정보를 공개해서는 아니된다. 다만 직무수행을 위한 그러한 공개를 의뢰인이 묵시적으로 허락한 경우나 아래(b)항에 규정된 경우에는 예외로 한다”라고 규정하고 있다. 이 규정에서는 우리 나라 관련 규정에서 사용한 ‘비밀’보다 훨씬 넓은 개념인 ‘정보’(information)를 사용하고 있음을 유의할 필요가 있다.<sup>2)</sup>

## 2. 변호사의 비밀유지의무의 특징

의사 등의 전문직종사자가 의료과오소송 등에서 환자의 프라이버시에 속하는 사항의 해명이 필요한 상황에서 증언을 하여야 하는 경우 환자의 동의 유무와 관계없이 증언을 하는 것이 적당한 경우도 많을 것이다. 그러나 변호사가 형사사건의 피의자와의 비밀교통권을 행사하여 알게 된 사실을 증언하는 것은 그것이 사건의 진상을 밝히는데 필수불가결한 것이라 할지라도 형사변호제도 그 자체를 위협하는 행위라고 하지 않을 수 없다. 이 두 가지의 차이는 어디에서 기인하는 것일까.

형법의 비밀누설죄, 형사소송법의 압수거부권과 증언거부권은 변호사에 한하지 않고 사람의 비밀을 접하는 전문직을 넓게 그 대상으로 하고 있기 때문에 변호사 고유의 역할과는 달리, 사람이 타인에게 알리고 싶지 않은 비밀의 보호 일반을 목적으로 하고 있다. 즉 프라이버시의 보호가 그 입법목적이기 때문에 그 범위는 사법절차에 있어서 사안의 규명 등 다른 공공의 이익과의 조화속에서 정하여 질 수밖에 없다.

이에 대하여 변호사의 비밀유지의무의 중핵은 의뢰인이 자신에게 유리하다고 생각하

2) 김재원, 변호사의 의뢰인 비밀 공개—미국의 최근 논의를 중심으로—, 인권과 정의 2005.11., 127면.

는 것, 불리하다고 생각하는 것 혹은 합법이라고 생각하는 것, 불법이라고 생각하는 것을 묻지 않고, 모든 사정을 안심하고 말하지 않는다면 의뢰인의 효과적인 변호가 될 수 없다는 것이다. 의뢰인이 변호사가 수사당국 혹은 과세당국에 비밀을 폭로할 것이라는 두려움에 자신에게 유리하다고 생각되는 사정만을 이야기 한다면 변호사는 의뢰인에 대하여 올바른 법의 적용을 敎示할 수 없고, 또한 의뢰인에게 있어 가장 효과적인 방침도 취할 수 없기 때문에, 예를 들면 의뢰인이 숨긴 정보가 결정적인 때에 상대방으로부터 폭로되어 반격할 수 없게 된다는 바람직하지 않은 결과로부터 의뢰인을 지킬 수도 없게 된다. 역으로 말하면 변호사에 대하여 의뢰인이 아무런 걱정 없이 모든 비밀을 털어 놓게 됨으로써 비로소 의뢰인의 司法에 대한 액세스권이 보장되고, 정의를 실현할 기회가 보증되는 것이다.

또한 변호사는 의뢰인으로부터 모든 정보를 입수함으로써 비로소 의뢰인에 대하여 구체적인 상황에 적합한 합법·불법의 경계선을 바르게 교시할 수 있게 된다. 이와 같은 교시에 의뢰인이 법을 준수함으로써 변호사는 법의 지배의 실현에 공헌할 수 있게 된다.

미국 연방대법원은 Upjohn Co. v. United States<sup>3)</sup>에서, 이 비밀유지의무는 “변호사와 의뢰인 사이에서 모든 것을 솔직하게 의사소통하도록 하기 위한 것이고, 그렇게 함으로써 법을 준수하고 정의를 실현하는 더 넓은 공익을 증진시키려는 것”이라 하였다.

### III. 변호사의 비밀유지의무의 범위

#### 1. 직무상 알게 된 비밀

##### 가. 비밀

일반적으로 비밀이란 특정인 또는 일정한 범위의 사람에게만 알려져 있는 사실로서 타인에게 알려지지 아니하는 데 본인에게 이익이 있는 사실을 말한다. 따라서 공지의 사실은 비밀이라고 할 수 없다. 그러나 단순히 풍설이 있는 것만으로는 공지라고 할 수 없다. 이미 알고 있는 사람이 있다고 할지라도 아직 모르는 사람에 대하여는 여전히 비밀이 된다.<sup>4)</sup>

또한 여기에서의 비밀이란 주관적 의미의 비밀에 한하지 않고 객관적 의미의 비밀까지도 포함되며,<sup>5)</sup> 의뢰인의 과거의 범죄행위, 반윤리적 행위, 질병, 신분, 친족관계, 재산관계, 유언장의 존부, 거소 그 외 의뢰인에게 불리한 사항 등, 적어도 의뢰인이 제3자에

3) 449 U.S. 383(1981).

4) 이재상, 형법각론(제5판), 2005, 224면.

5) 日本辯護士聯合會調査室編, 條解辯護士法(제3판), 2003, 171면.

게 알리고 싶지 않다고 생각되어지는 사항은 물론이고, 사회통념상 일반적으로 알리고 싶지 않을 것이라고 생각되어지는 사항은 모두 포함된다.<sup>6)</sup> 비밀유지의무는 개인의 비밀을 보장할 뿐만 아니라 의뢰인과 변호사간의 신뢰관계와 변호사제도를 보장하는 것이다.

한편 비밀이라 할지라도 이미 공지되었다든가 본인이 일반에게 공표한 것은 비밀이라 할 수 없다. 본인이 공표를 의도하지 않았지만 그것을 알고 있는 제3자에 의하여 공표된 경우에는 비밀성의 상실에 신중을 기한다. 또한 그와 같은 경우에 비밀성이 상실되어 법적 의무로부터 해방되었다고 할지라도 변호사는 그 사실의 확산에 일조하여서는 아니된다.

#### 나. 직무상 알게 된

“직무상 알게 된”이란 변호사가 변호사법 제3조에서 말하는 일반 법률사무를 행하는 과정에서 알게 된 것을 말하고, 직무와 관련 없이 알게 된 비밀은 포함되지 않는다. 예를 들면 의뢰·상담관계가 없는 우인과의 사적 대화에서 우연히 알게 된 비밀은 “직무상 알게 된 비밀”이라 할 수 없다. 그러나 비밀유지의무의 제도취지의 관점에서 본다면, 상담자·의뢰자로부터 얻은 것이라면 그것이 수임하고 있지 않은 사항에 관한 비밀일지라도, 또한 분쟁문제와는 무관하다고 생각되어지는 비밀일지라도, 더욱이 직무 이외의 사적 관계를 통하여 알게 된 비밀일지라도, 넓게 “직무상 알게 된 비밀”로 취급하지 않으면 아니된다. 상담자·의뢰자가 변호사에 대하여 비밀을 털어놓는 것은 의뢰사항과 어떤 면에서든 관계가 있다고 생각하기 때문일 수도 있고, 장래 상담을 위한 예비 지식으로서 이야기 하는 경우도 있기 때문에, 그와 같은 신뢰를 보호하는 것이 비밀유지의무에 과하여져 있기 때문이다. 또한 그와 같은 신뢰보호라고 하는 관점에서 본다면 변호사는 상담자·의뢰자의 비밀을 누설하여서는 아니된다. 또한 변호사회의 위원회활동 등의 회무는 일반적 법률사무가 아니기 때문에, 그 때 알게 된 비밀은 비밀유지의무의 대상에 해당되지 않는다.<sup>7)</sup>

#### 다. 비밀의 주체

변호사윤리장전 윤리규칙 제23조는 비밀의 주체를 문언상 “의뢰자”에 한정하고 있다. 한편 변호사법 제26조에는 그와 같은 제한이 없기 때문에, 의뢰인 이외의 제3자의 비밀에 대한 적용여부가 문제된다. 이와 관련하여 일본 변호사법 제23조의 전신인 일본 구 변호사법 제21조에 관한 해설을 참조하면, “직무상 알게 된 비밀이란 의뢰인으로부터 신뢰관계에 의하여 밝혀진 사실 또는 기록 기타 서류 등에 의하여 알게 된 비밀사항을 말하고, 그 비밀사항은 의뢰인에 관한 것뿐만 아니라 기타 관계자의 비밀사항까지도 포

6) 日辯聯辯護士倫理に關する委員會編, 註釋辯護士倫理(보정판), 1996, 87면.

7) 高中正彦, 辯護士法概說(제2판), 2003, 82면.

함한 것이라 해석된다”고 하고 있다.<sup>8)</sup> 무엇보다도 이와 같은 법의 입장이 제3자의 비밀에까지도 비밀유지의무를 인정한다고 한다면, 그 입법취지에 대해서는 “변호사의 활동, 특히 증거수집에 있어서 의뢰인 이외의 제3자로부터 정보를 얻기 위해서도 그것을 함부로 개시하지 않는다는 보장이 없다면 실효성을 얻을 수 없을 것이고, 여기까지 담보되어야만 비로소 변호사제도의 존립이 확보된다”고 하지 않고서는 설명이 불가능하다. 비밀유지의무가 일반적으로 변호사법 “제1조 2항에 규정된 성실의무의 일내용”으로 이해되고 있는 것으로부터도 역시 그 본래의 취지는 적어도 의뢰인과의 신뢰관계에 착안하고, 그것을 보호함으로써 변호사제도의 존립을 보장하려고 하였기 때문이다. 이 점에 대하여 제외국의 비밀유지의무에 관한 규정과 비교하여 보면, 예를 들어 미국 ABA의 변호사업무모범규칙 1.6(a)에는 이미 언급한 바와 같이 명확하게 “의뢰자”의 정보에 한정하고 있다.

한편 독일연방변호사회변호사직무규칙 제2조(2)는 “비밀유지의 권리와 의무라는 것은 직무수행상 알게 된 모든 점에 미친다”라고 하고, 프랑스변호사회 2004년 통일내규 2.2의 3호도 “변호사직무수행 중에 얻게 된 모든 정보 및 비밀”이라 하여 비밀의 주체를 한정하고 있지 않다. 즉 의뢰자 이외의 제3자의 정보에 관하여도 비밀유지의무가 인정된다는 것은 비밀유지의무 그 자체에 머무르지 않고, 오히려 비밀정보 내지 프라이버시보호를 그 목적으로 하고 있으며, 형법상의 비밀누설죄, 민사소송법·형사소송법상의 증언거부권 등의 규정도 동일한 취지라 할 수 있을 것이다. 조금 더 나아가면 변호사법 제26조는 변호사가 직업상 타인의 비밀정보를 접할 기회가 많기 때문에 그 기회에 알게 된 비밀정보를 보호하여야 한다는 요청과 의뢰인에 대한 비밀유지의 문제를 준별함이 없이 규정한 것은 아닌가라는 의문이 들기도 한다.<sup>9)</sup>

## IV. 변호사의 비밀유지의무의 해제

### 1. 변호사의 비밀유지의무의 해제

비밀유지의무의 중요성은 더 이상 말할 나위 없지만, 그러나 그것이 절대적일 수는 없다. 만약 비밀유지의무를 해제하여서라도 지켜야 할 보다 큰 가치가 존재하는 경우도 있을 수 있기 때문이다. 변호사법 제26조 단서는 ‘법률에 특별한 규정이 있는 경우’에 비밀유지의무가 해제되는 것으로 하고 있다. 또한 형사소송법 제149조 단서는 ‘본인의 승낙이 있는 때’에는 변호사의 비밀유지의무가 해제되는 것으로 하고 있다. 의뢰인의 비밀공개에 대한 승낙은 의뢰인이 분별력과 판단력이 있을 것을 전제로 하며, 또한 의

8) 金子要人, 改正辯護士法精義, 1934, 229면.

9) 森際康友 編, 法曹の倫理, 2005, 31면.

뢰인이 구체적으로 어떠한 내용의 비밀을 공개하는 것을 승낙하는 것인지를 알고 있을 것을 전제로 한다.<sup>10)</sup> 그러나 의뢰인의 명시적 승낙이 없는 경우에도 의뢰인과 연락이 되지 않는다거나 긴급을 요하는 경우에는 의뢰인의 명예와 신용을 지키기 위하여 필요하다고 생각되어지는 경우에는 비밀의 개시에 있어서 의뢰인의 추정적 승낙이 있다고 보고, 승낙이 있는 경우와 동일시 할 수 있을 것이다. 의뢰인이 법인인 경우는 법인의 대표기관이 승낙을 하여야 한다. 의뢰인이 사망한 경우에는 승낙권은 소멸하며, 상속인에게 승계되지 않는다. 경우에 따라서는 변호사가 상속인에게 그 비밀을 알려 주는 것을 사망한 의뢰인이 원했을 것으로 추정될 수 있을 것이다. 이와 같은 사망한 의뢰인의 의사의 추정은 변호사가 한다.

그리고 의뢰인의 동의 없이 또는 의뢰인의 의사에 반하여 변호사가 비밀을 공개하여야 할 경우가 있다. 형사소송법 제149조 단서의 ‘중대한 공익상 필요’가 있는 때 그리고 변호사윤리장전 윤리규칙 제23조 단서도 ‘공익상의 이유’가 있으면 비밀을 공개할 수 있다고 규정하고 있다. 예를 들면 현저히 중대한 범죄에 관한 정보가 이에 해당할 것이다. 이에 대하여는 뒤에서 상술하기로 한다.

변호사윤리장전 윤리규칙 제23조 단서는 또한 ‘변호사 자신의 권리를 옹호하기 위하여 필요한 경우’에는 비밀을 공개할 수 있다고 하고 있다. 의뢰인과의 수임관계에서 발생한 변호사의 청구권을 확보하거나 반대로 의뢰인의 청구에 대하여 방어하기 위한 경우나 변호사가 자신이 연루된 사건에서 스스로를 지키기 위한 경우가 이에 해당한다.<sup>11)</sup> 이는 긴급피난의 관점에서 정당화된다. 의뢰인이 변호사의 보수를 지급하지 않아서 변호사가 보수지급을 청구하는 소를 제기한 경우에 변호사는 보수청구권의 존재를 입증하기 위하여 당해 수임사건에 관한 진술을 할 수 있다. 이때에도 상당성의 원칙은 지켜져야 한다. 약소한 보수를 받기 위하여 훨씬 중요한 비밀을 공개해서는 아니된다. 변호사가 의뢰인으로부터 손해배상청구를 당하거나 또는 형법이나 변호사법 위반으로 고소·고발을 당한 경우에 변호사는 자신의 권리를 지키기 위하여 필요하다면 의뢰인의 비밀을 공개할 수 있다.

변호사가 자신을 방어하기 위해 비밀공개를 하게 되는 가장 전형적인 상황은 의뢰인에 의해 제기된 변호사과오소송과 변호사가 의뢰인을 위해 제공한 법무 서비스를 신뢰한 제3자가 피해를 입어 제기한 소송<sup>12)</sup>의 경우에도 자기방어를 위한 공개가 허용된다.

또한 변호사 자신의 이익을 방어하기 위해 의뢰인의 비밀이나 은밀한 정보를 공개할 수 있도록 허용한 윤리규정에 대하여는 비판이 많다. 변호사도 의뢰인이나 제3자의 부당한 요구로부터 자신을 방어할 수 있어야 한다는 원칙이 문제가 아니라, 다른 경우들과의 형평성에 의문이 제기되기도 한다.<sup>13)</sup>

10) 박상근, 변호사의 직업윤리와 의무, 법률가의 윤리와 책임(제2판), 2003, 250-251면.

11) ABA 변호사업무모범규칙 1.6(b)(5) 참조.

12) Meyerhofer v. Empire Fire and Marine Ins. 497 F.2d 1190(2d Cir. 1974).

13) Deboth Rhode, In the interests of Justice: Reforming the Legal Profession, Oxford, 2000, p. 112.

한편 제3자의 청구나 고소·고발의 경우는 원칙적으로 변호사는 비밀유지의무가 있다. 의뢰인이 비밀유지의무를 면제해 주지 않는다면, 다른 방법에 의해서는 변호사 자신의 불이익을 피할 수 없고 그 비밀이 의뢰인에게 객관적으로 그다지 중요하지 않을 경우에만 최후 수단으로 비밀의 공개가 허용된다고 할 것이다.<sup>14)</sup>

## 2. 변호사의 비밀유지의무와 공공의 이익

비밀유지의무는 모두에서 이미 논한 바와 같이 ‘의무인 동시에, 변호사가 상담자·의뢰자로부터 신뢰를 얻어 업무를 수행하기 위한, 따라서 변호사 업무의 존립을 보장하기 위하여 인정되는 직무상의 권리이다. 이에 대하여 ‘공공의 이익’을 위하여 비밀유지의무의 해제, 비밀의 개시를 허용할 수 있는가가 문제된다.

예를 들면 살인을 예정하고 있는 자로부터의 고백을 들은 변호사가 그 정보를 치안당국에 알릴 수 있을 것인가. 오랜 기간 동안 미국변호사들 사이에서는 이를 방지하기 위하여 그 무엇도 하지 않는다는 것이 관행적 규범이었다. 그러나 이와 같은 비밀유지의무 절대주의에 대한 여론의 비난이 거세지고, 그와 같은 의뢰인의 범죄행위가 생명이나 신체에 절박한 위험을 미치는 경우에는, 더욱이 그것도 회복불능의 위험이 있는 경우에는 그 위험을 회피·방지하기 위하여 비밀유지의무를 해제하는 것이 법조들 간에 시인되게 되었다.

한편 재산범죄에 대해서는 비밀유지의무의 해제를 인정하지 않는다는 것이 ABA가 취한 전통적 입장이다. 그러나 주에 따라서는 중대한 재산범죄와 사기의 경우에도 비밀유지의무의 해제를 인정하는 경향도 있어 왔다. 그 뒤 2003년 ABA도 모범규칙 1.6을 다음과 같이 개정·확장하였다. 즉 의뢰인의 정보개시가 허용되는 경우로서 열거되고 있던 “절박한 사망 또는 중대한 신체상해(reasonably certain death or substantial bodily harm)의 방지 등의 경우”에 대하여 “생명신체의 위해의 방지만이 아니라 의뢰자가 변호사의 법적 서비스를 이용하여 중대한 재산범죄와 사기를 범하는 경우에도 이것을 방지하기 위하여 정보의 개시가 허용된다. 또한 단체를 의뢰인으로 하는 변호사에 관한 1.13조를 개정하여 기업 등의 불상사에 관하여서도 최고 의사결정기관이 명백한 위법행위를 시정하지 않아 이에 의하여 기업에 중대한 손해를 끼칠 것이라고 변호사가 합리적으로 판단한 때에는 1.6조에서 개시가 허용되지 않은 경우일지라도, ...손해의 방지에 필요한 범위에서 변호사가 정보를 개시할 수 있다.” 즉 종전에 있던 ‘범죄행위’(criminal act)와 결과발생이 ‘임박한’(imminent)이라는 요건을 제거했고 해악(harm)이 의뢰인의 행위에서 비롯되어야 하는 요건도 명시하지 않았기 때문에 제3자의 신체적 피해를 예방하기 위한 비밀공개가 이전보다 훨씬 넓게 허용되었다.<sup>15)</sup>

또한 이는 ABA에 있어서도 중대한 재산범죄 일반에 대하여 비밀유지의무의 해제를

14) 박상근, 251면.

15) 김재원, 132-133면 참조.



허용하는 것이 아니라 ‘변호사의 법적 서비스를 이용’하는 경우를 전제로 하고 있기 때문에, 그런 의미에서는 변호사 자신의 보신 또는 방위적인 색채가 없지도 않다.

한편 미국 각주의 변호사협회는 ABA 변호사모범규칙 1.6의 개정에 따라 각주의 변호사직무규정을 개정하는 작업에 착수하였다. 문제는 다음 항에서 논하는 소위 gatekeeper문제에서도 지적하는 바와 같이, 변호사에게 고발의무를 과하는 경우, 기업 경영진으로부터 당해사항에 대하여 지금까지의 신뢰를 얻지 못하여 직무의 수행에 지장을 초래할 수 있다는 것이다. 각주에서의 규칙개정작업은 이 문제를 어떻게 처리할 것인가에 대하여 신중한 검토를 행하고 있다.

### 3. 위법행위에 대한 외부통고의무, 소위 gate-keeper문제

이상은 비밀의 개시를 허용할 것인가가 논의의 중심이었다. 그래서 ABA에 있어서도 비밀유지의무의 해제를 의무화시키지는 않았다. 그러나 현재 위법행위에 대하여 외부에 의 통고의무를 과하는 제도, 결국 그 범위에서 비밀유지의무의 해제가 의무화되는 제도의 도입이 우리 나라에서도 검토되고 있다.

그것이 소위 ‘gate-keeper문제’이다. 이것은 자금세탁방지와 테러자금의 규제라고 하는 행정목적을 위하여 소위 gate-keeper로서 변호사에 대한 의뢰인의 의심되는 행위에 대하여 통고의무를 과하는 제도이다.

자금세탁방지를 위하여 국제적 조직으로 설립된 국제자금세탁방지기구(Financial Action Task Force on Money Laundering: 이하 “FATF”라 한다)는, 2003년 6월 각가맹국에 대하여, 변호사 등의 전문직을 소위 gate-keeper라 하며, 범죄수익세탁 또는 테러자금공여와 관련된 의심나는 거래의 금융당국에의 통고의무를 과하도록 권고하였다. FATF권고는 조약은 아니지만, 준수하지 않는 경우에는 OECD국가들에 의한 경제적 제재조치까지 받을 수 있는 강력한 것이다.

그러나 본래 변호사에 대한 고객의 의심나는 거래에 대하여 통고의무를 과하는 법률 제도는 변호사라는 직업의 기초가 되는 변호사의 비밀유지의무와 증언거부권을 침해하고, 변호사와 의뢰인과의 신뢰관계를 근저에서부터 파괴하는 것이다. 따라서 이것이 입법화된다면 의뢰인의 변호사에 대한 신뢰는 훼손될 것이고, 나아가서는 변호사제도 자체의 근저가 흔들리게 될 것이다.<sup>16)</sup>

만약 변호사에게 정직하게 사실을 밝힐 경우 통보당할 가능성이 있다고 한다면, 문제 있는 거래에 관계된 의뢰인은 변호사에게 모든 사실을 밝힐 수 없을 것이다. 말할 것도 없이 변호사는 의뢰인으로부터 모든 정보의 개시를 얻어야만 비로소 유효한 법률사무의 수행이 가능하고, 상담자·의뢰인은 자신의 소행이 합법인지 불법인지를 판단을 변호사에게서 구하는 것이 통례이지만, 그러한 것이 사전에 위촉되어 상담자·의뢰인은

16) 森際康友 編, 47면.

결국 변호사 이외의 자에게 조언을 구하게 될 것이다. 결국 법률 전문가인 변호사가 문제점을 지적하여 시정하고 지도할 기회조차 갖지 못하게 되고, 이와 같은 사태는 적정한 사법제도의 운용에도 지장을 초래하게 될 것이며, 본래의 자금세탁방지라고 하는 과제 자체의 실현도 의심스러워짐을 의미하는 것이다.<sup>17)</sup>

결국 우리 나라가 FATF에의 가입과 함께 소위 gate-keeper제도의 도입을 검토함에 있어서는 여러 가지 국제경제적인 관점의 검토와 함께 변호사법 제26조의 취지, 나아가서는 변호사제도·사법제도의 취지와 조화도 고려하여 신중하여야 할 것이다.

## V. 결론에 갈음하여

민주적 법치국가의 가장 중요한 기반인 사법은 효과적인 변호활동을 불가결의 요소로 하여 성립하고, 그것을 위하여는 의뢰인의 변호사에 대한 신뢰가 빠질 수 없다. 따라서 변호사의 비밀유지의무는 단순한 프라이버시보호를 뛰어 넘는 의의와 근거를 가진다할 것이다.

변호사법은 법의 테두리 내에서만 변호사의 비밀유지의무를 보호하고 있기 때문에, 입법에 의하여 그 범위를 자유롭게 정할 수 있는 것처럼 보이지만, 그렇지 않다. 변호사의 활동 영역의 확대와 더불어 더욱 문제가 되는 것은 변호사의 비밀유지의무일 것이다. 이 비밀유지의무는 헌법 제27조가 보장하는 재판을 받을 권리와 밀접하게 관련하여, 그 불가결의 내용이 된다고 생각할 수밖에 없고, 효과적인 변호사 활동을 저해하는 규정은 사법의 존립을 방해하는 것으로서 허용될 수 없다고 할 수밖에 없다.

17) 森際康友 編, 47면.

## 참고문헌

- 가재환, 법조윤리론, 1999
- 김재원, 변호사의 의뢰인 비밀공개-미국의 최근 논의를 중심으로-, 인권과 정의 2005.11
- \_\_\_\_\_, 의뢰인에 대한 변호사의 직업윤리와 책임: 미국의 변호사윤리규정을 중심으로, 서원대학교 사회과학연구 제10집, 1997
- \_\_\_\_\_, 변호사 업무의 윤리적 딜레마, 법과 사회 제24호, 2003
- 배성호, 변호사의 민사책임에 관한 연구, 영남대학교 박사학위논문, 2001
- 박상근, 변호사의 직업윤리와 의무, 법률가의 윤리와 책임(제2판), 2003
- 서울대학교 법과대학 편, 법률가의 윤리와 책임(제2판), 2003
- 이상욱/배성호, 변호사책임과 제3자-특히 부당소송·부당집행·명예훼손을 중심으로-, 영남법학 제6권 제1·2호, 2000
- 이용식, 형사소송에서의 변호사 윤리, 법률가의 윤리와 책임(제2판), 2003
- 이재상, 형법각론(제5판), 2005
- 오승중, 회사변호사의 윤리, 2004
- 엄동섭 외, 변호사책임론, 1998
- 최종고, 법과 윤리, 2000
- \_\_\_\_\_, 법조윤리의 정신과 이론, 법률가의 윤리와 책임(제2판), 2003
- 한인섭, 왜 법률가의 윤리와 책임인가, 법률가의 윤리와 책임(제2판), 2003
- 대한변호사협회, 징계사례집 제1집, 1998
- \_\_\_\_\_, 징계사례집 제2집, 2000
- \_\_\_\_\_, 징계사례집 제3집, 2002
- 高中正彦, 辯護士法概説(제2판), 2003
- 田中紘三, 辯護士の役割と倫理, 2004
- 日本辯護士聯合會調査室編, 條解辯護士法(제3판), 2003
- 日辯聯辯護士倫理に關する委員會編, 註釋辯護士倫理(보정판), 1996
- 金子要人, 改正辯護士法精義, 1934
- 森際康友 編, 法曹の倫理, 2005
- 大塚仁 編, 大コンメンタール刑法 제7권(제2판), 2000
- ABA Center for Professional Responsibility, Annotated Model Rules of Professional Conduct, 3rd ed. 1996
- Charles W. Wolfram, Modern Legal Ethics, West, 1986
- David Luban, Lawyers and Justice: An Ethical Study, Princeton University Press, 1988
- Deborah Rhode, In the Interests of Justice: Reforming the Legal Profession, Oxford, 2000
- Healy, Nicole M. Lee, Judith A., Ad Hoc Task Force on Professional Responsibilities Regarding Money Laundering : PATRIOT Act and Gatekeeper Update, (The)international lawyer v.37, no.2 Summer, 2003.7.
- Kermit L., Hall, ed., The Oxford Companion to American Law, Oxford, 2002

- L. Ray Patterson, Legal Ethics and Professional Responsibility, Matthew Bender, 1982
- R. Zitrin & C. Langfor, The Moral Compass of the American Lawyer: Truth, Justice, Power and Greed, 1999
- Roger C. Cramton, Enron and the Corporate Lawyer: A Primer on Legal and Ethical Issues, 58 Bus. Law. 143, 2002
- Robert Pack, Dilemmas in Attorney-Client Confidentiality, Washington Lawyer, Jan. 2004
- Ross Cranston, Legal Ethics and Professional Responsibility, Oxford, 1995
- Simard, Linda Sandstrom Young, William G., Daubert's Gatekeeper: The Role of the District Judge In Admitting Expert Testimony, Tulane law review v.68, no.6, 1994.6.
- Stephen Gillers, Regulations of Lawyers: Problems of Law and Ethics, 3rd ed. Little, Brown & Co., 1992
- Susan P. Konick, When the Hurlyburly's Done: The Bar's Struggle With the SEC, 103 Colum L. Rev. 1236, 2003
- Thane Rosenbaum, The Myth of Moral Justice: Why Our Legal System Fails to Do What's Right, Harper Collins, 2004
- Thomas D. Morgan & Ronald D. Rotunda, 2003 Selected Standards on Professional Responsibility, Foundation Press, 2003
- W. Bradley Wendel, Professional Responsibility: Example & Explanations, Aspan, 2004
- William H. Simon, The Practice of Justice: A Theory of Lawyers' Ethics, Harvard University Press, 1988

저자약력 : 저자 배성호는 영남대학교 법과대학, 동대학원, 일본오사카대학교 대학원 법학 연구과에서 수학하였으며, 천안대학교 법정학부 교수를 역임하고, 현재는 영남대학교 법과대학 교수로 재직 중이다. 연구관심분야는 계약법, 불법행위법, 금융담보법, 변호사윤리와 책임 등이다.