제418회국회(정기회)
제19차 법제사법위원회

변호사법 일부개정법률안

검 토 보 고

<변호사 비밀유지특권의 도입>
▣ 김병기 의원 대표발의(의안번호 제3473호)

2024. 12.

법 제 사 법 위 원 회

전 문 위 원 김 성 완

목 차

Ⅰ. 제안경위 ····· 1

Ⅱ. 제안이유 및 주요내용 ····· 1

Ⅲ. 검토의견 ····· 3

1. 변호사 비밀유지특권의 도입 ····· 3

Ⅰ. 제안경위

1. 제　안　자 : 김병기의원 등 11인
2. 제안연월일 : 2024. 9. 2.
3. 회부연월일 : 2024. 9. 3.

Ⅱ. 제안이유 및 주요내용

현행법은 변호사 또는 변호사이었던 자는 그 직무상 알게 된 비밀을 누설하여서는 안된다는 변호사의 비밀유지의무에 관하여 규정하고 있을 뿐 변호사가 비밀을 누설하지 않을 권리는 규정하고 있지 않음.

헌법은 '변호인의 조력을 받을 권리'를 규정하고 있으나 법원은 이러한 규정에서 비밀유지권리가 바로 도출되지는 않는다며 변호사에 대한 압수·수색을 정당화해왔고, 수사기관은 이를 이용하여 피의자가 조력을 받는 변호사를 압수·수색하는 등의 방법으로 손쉽게 증거를 수집해왔음.

이는 피의자, 피고인의 방어권을 현저히 침해하는 것으로 헌법상 권리인 '변호인의 조력을 받을 권리'를 사실상 형해화하는 수단이라는 비판이 제기되고 있으며, 변호사의 변호권도 위협받고 있는 실정임.

이에 의뢰인의 승낙이 있는 경우, 변호사와 의뢰인이 공범인 것이 명백한 경우 등을 제외하고는 누구든지 변호사와 의뢰인 사이에 직무에 관하여 이루어진 의사교환 내용 또는 변호사가 의뢰인을 위하여 작성한

서류나 자료 등을 공개하거나 제출할 것을 요구하지 못하도록 하고, 이를 위반하여 수집한 서류나 자료 등은 증거로 할 수 없도록 하며, 의뢰인의 승낙을 강요한 자는 처벌함으로써 변호인의 조력을 받을 권리를 실질적으로 보장하고자 하는 것임(안 제26조의2 및 제113조 제3호의2 신설).

Ⅲ. 검토의견

1. 변호사 비밀유지특권의 도입

현 행	개 정 안
<신 설>	제26조의2(비밀유지권리 등) ① 변호사 또는 변호사이었던 자는 그 직무상 알게 된 비밀을 누설하지 아니할 권리가 있다. ② 누구든지 다음 각 호의 사항에 대하여 공개 또는 제출을 요구하거나 열람하여서는 아니 된다. 1. 직무와 관련하여 변호사와 의뢰인 사이에 이루어진 의사교환 내용 2. 직무와 관련하여 변호사가 의뢰인으로부터 제출받은 서류나 자료(전자적 형태로 작성·관리되는 것을 포함한다. 이하 이 조에서 같다) 또는 물건 3. 제1호 또는 제2호와 관련하여 변호사가 작성한 서류나 자료 ③ 제1항 및 제2항에도 불구하

현 행	개 정 안
	고 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 제1항 또는 제2항을 적용하지 아니한다. 1. 의뢰인의 승낙이 있는 경우 2. 변호사와 의뢰인이 그 의뢰 사건과 관련하여 공범관계인 경우 3. 변호사가 의뢰인과의 분쟁에서 자신의 권리를 방어하기 위하여 필요한 경우 4. 변호사가 직무를 수행하기 위하여 필요한 범위 내에서 제3자에게 정보를 전달하거나 처리하도록 하는 경우 ④ 제2항을 위반하여 수집한 증거는 재판 또는 행정절차, 그 밖에 이에 준하는 절차에서 증거로 할 수 없다.
제113조(벌칙) 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 1년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금에 처한다. 1. ~ 3. (생 략) <신 설>	제113조(벌칙) ----------. 1. ~ 3. (현행과 같음) 3의2. 제26조의2제3항제1호의 승낙을 강요한 자

현 행	개 정 안
4. ~ 7. (생 략)	4. ~ 7. (현행과 같음)

○ 개정안은 “누구든지” 직무와 관련하여 변호사와 의뢰인간 비밀리에 이루어진 의사교환 내용 등에 대하여 공개, 제출 또는 열람할 것을 요구할 수 없도록 하고, 이를 위반하여 수집한 증거는 재판 등의 절차에서 증거로 할 수 없도록 규정함으로써 의뢰인의 비밀에 대한 보호를 강화하고, 국민의 ‘변호인의 조력을 받을 권리’[1]를 보장하려는 내용임.

○ 현행 「변호사법」은 직무상 알게 된 비밀을 누설하여서는 아니 된다고 하여 “변호사의 비밀유지의무”를 규정[2]하고 있고, 「형사소송법」에서는 변호사가 “업무상 위탁을 받아” 알게 된 사실이나 소지 또는 보관하는 물건으로서 타인의 비밀에 관한 것은 증언이나 압수를 거부할 수 있다고 규정[3]하고 있으나, 변호사가 법원이나

1) **「대한민국헌법」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.

2) **「변호사법」제26조(비밀유지의무 등)** 변호사 또는 변호사이었던 자는 그 직무상 알게 된 비밀을 누설하여서는 아니 된다. 다만, 법률에 특별한 규정이 있는 경우에는 그러하지 아니하다.
참고로 「형법」에서 변호사가 비밀유지의무를 위반한 경우 형사처벌하고 있음.
「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 700만원 이하의 벌금에 처한다.

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.
제149조(업무상비밀과 증언거부) 변호사, 변리사, 공증인, 공인회계사, 세무사, 대서업자, 의사, 한

행정기관과 같은 제3자에 대한 관계에서 의뢰인의 비밀에 대한 개시를 거부할 수 있는 권리인 이른바 '변호사 비밀유지특권(attorney-client privilege)'은 규정하고 있지 않음[4].

○ 명문의 규정 없이 변호사의 비밀유지특권을 인정할 수 있는지 여부와 관련해 대법원은 「헌법」제12조제4항[5] 변호인의 조력을 받을 권리로부터 직접 변호사와 의뢰인 사이에 법률자문을 목적으로 비밀리에 이루어진 의사교환에 대하여 공개를 거부할 수 있는 특권이 도출되는 것은 아니라고 해석하였음.[6]

의사, 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.

참고로 「민사소송법」에서도 변호사의 직무상 비밀에 대한 증언거부권을 규정하고 있음.

「민사소송법」제315조(증언거부권) ① 증인은 다음 각호 가운데 어느 하나에 해당하면 증언을 거부할 수 있다.

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

4) 변호사가 의뢰인의 비밀을 보호하고 싶어도 비밀공개에 관한 법원의 명령이 있을 때 변호사가 이를 거부할 수 없다면 비밀유지는 불가능함. 따라서 변호사의 비밀유지는 의뢰인과의 관계에서는 의무로 파악해야 하지만, 법원이나 수사기관 등 제3자에 대해서는 그 비밀을 공개하지 않을 수 있는 변호사의 권리로 보아야 할 것임. 비교법적으로 영미에서는 변호사의 의무로 비밀유지의무(professional duty of confidentiality)가, 변호사의 권리로 비닉특권(秘匿特權, privilege)의 법리가 형성되어 왔으나, 우리나라 현행법은 비밀유지 특권에 관한 명시적 규정을 두고 있지 않은 것임.

※ 변호사의 비닉특권은 변호사가 의뢰인과의 의사소통에 관한 사실이나 자료를 법정에 제출하는 것을 거부할 수 있는 권리로, 의뢰인 외의 법원이나 행정기관과 같은 제3자에 대한 관계에서 의뢰인의 비밀에 대한 개시를 거부할 수 있는 권리를 말함.

- 정형근, '변호사법 주석(2022) 제2판', pp. 275-276 참조

5) **「대한민국 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.

6) 대법원 2012.5.17. 선고 2009도6788. 이 사건은 공소사실과 관련된 회사 및 그 임직원의 행위에 관하여 해당 회사가 법무법인으로부터 법률자문을 받은 내용을 담고 있는 변호사 작성 의견서가 압수된 후 검찰에 의해 위 회사 및 임직원에 대한 공판절차에서 증거로 신청된 사안이었음. 원심(서울고등법원 2009.6.26. 선고 2008노2778)은 명문의 규정이 없이도 비밀유지특권을 인정할 수 있다는 취지의 판단을 한 반면, 대법원은 비밀유지특권의 인정을 부정하였음. 손창완, "변호사·의뢰인 간 비밀 의사교환의 보호", 법학논총 32(2), 2019.10., pp.12-13

○ 따라서 개정안은 ㉠ “누구든지” 직무와 관련하여 변호사와 의뢰인 사이에 이루어진 의사교환 내용 등의 공개, 제출 또는 열람을 요구할 수 없다고 명시함으로써 이른바 변호사 비밀유지특권의 근거를 마련하고, ㉡ 이를 위반하여 수집한 증거는 재판 또는 행절절차, 그 밖에 이에 준하는 절차에서 증거로 할 수 없도록 하여 의뢰인의 변호인 조력을 받을 권리를 실질적으로 보장한다는 점에서 의의가 있다고 하겠음.

○ 변호사에게 제공한 비밀이 공개될 수도 있다는 불안감이 있으면 의뢰인은 변호사에게 진실을 말하지 않을 수 있고, 진실을 듣지 못한 변호사는 적절한 법률자문이나 변론을 할 수 없다는 점[7]에서 변호사의 조력을 받을 권리를 보다 충실하게 보장하고자 하는 개정안의 취지는 타당한 측면이 있음.

다만, 의뢰인이 개정규정을 악용하여 변호사를 통해 증거자료를 은닉하는 경우 실체적 진실 발견을 통한 사법정의 실현에는 오히려 장애가 될 수도 있다는 지적[8]과 변호사 비밀유지특권은 연혁적으로 영미에서 다수의 판례를 통해 세부 범위와 한계에 관한 법리가 형성되었으나 이러한 경험이 없는 우리 법제에서 전면적으로 도입할 경우 상당 기간 혼란이 발생할 수 있다는 의견도 있음[9].

---

7) 정형근, ‘변호사법 주석(2022년) 제2판’, p. 268 참조
8) 법무부. 개정안은 비밀유지권을 인정하고 있는 다른 국가들에 비해서도 인정 범위를 넓게 규정하고 있어 실체적 진실의 발견을 저해할 우려가 있음.
9) 남수진, “변호사-의뢰인 비닉특권의 도입 요구에 앞서”, 서울법학 26(2), 2018.8., pp.488-516

따라서, 변호사 비밀유지특권의 도입에 대하여는 변호사의 조력을 받을 권리의 충실한 보장 측면과 사법의 공정성, 실체적 진실 발견 측면 등을 종합적으로 검토하여 결정할 필요가 있을 것으로 보임.

○ 또한, 안 제26조의2제3항은 ㉠ 의뢰인의 자발적 승낙이 있는 경우, ㉡ 변호사와 의뢰인이 그 의뢰사건과 관련하여 공범관계인 경우, ㉢ 의뢰인과 변호사 간 발생한 분쟁에서 변호사가 자신의 권리를 방어하기 위하여 필요한 경우, ㉣ 변호사가 직무 수행을 위해 필요한 범위 내에서 제3자에게 정보를 전달하거나 처리하도록 하는 경우에는 예외적으로 비밀공개를 허용하고 있음.

의뢰인의 승낙이 있는 경우는 변호사가 비밀을 유지할 필요가 없을 것이고, 의뢰인과 변호사가 공범관계에 있으면서 개정규정을 악용하여 수사자료를 은닉하는 경우를 방지할 필요가 있으며, 그 밖에 의뢰인과 변호사 간 분쟁이 발생한 경우 의사교환 내용을 공개할 수 없다면 변호사는 사실상 방어수단을 원천적으로 봉쇄당하는 것이므로 이러한 예외사유를 두는 것은 타당한 측면이 있어 보임.

○ 안 제26조제4항은 변호사의 비밀유지의무와 권리에 관한 내용을 위반하여 수집한 증거에 대해 재판 또는 행정절차 등에서 증거능력을 부인하고 있음. 이와 관련하여 「형사소송법」 제308조의2[10]는

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

적법한 절차에 따르지 아니하고 수집한 증거는 증거로 할 수 없다고 규정하고 있으며, 대법원은 실체적 진실규명을 위해 일정한 경우 법률에 정해진 절차에 따르지 않고 수집한 증거에 대해서도 증거능력을 인정하고 있음.[11]

동 조항과 관련해서는 민사소송이나 일반적 행정절차[12] 등에서도 증거능력을 부인하는 것의 적절성[13] 및 행정절차[14], 그 밖에 이에 준하는 절차의 구체화 여부 등에 대해 논의할 필요가 있을 것으로 보임.

---

11) 대법원 2020. 11. 26. 선고 2020도10729 판결
형사소송법 제308조의2는 '적법한 절차에 따르지 아니하고 수집한 증거는 증거로 할 수 없다'고 정하고 있다. 이는 위법한 압수·수색을 비롯한 수사 과정의 위법행위를 억제하고 재발을 방지함으로써 국민의 기본적 인권보장이라는 헌법 이념을 실현하고자 위법수집증거 배제 원칙을 명시한 것이다.… 법률에 정해진 절차에 따르지 않고 수집한 증거라는 이유만을 내세워 획일적으로 증거능력을 부정하는 것은 헌법과 형사소송법의 목적에 맞지 않는다. 실체적 진실 규명을 통한 정당한 형벌권의 실현도 헌법과 형사소송법이 형사소송절차를 통하여 달성하려는 중요한 목표이자 이념이기 때문이다. 수사기관의 절차 위반행위가 적법절차의 실질적인 내용을 침해하는 경우에 해당하지 않고, 오히려 증거능력을 배제하는 것이 헌법과 형사소송법이 형사소송에 관한 절차 조항을 마련하여 적법절차의 원칙과 실체적 진실 규명의 조화를 도모하고 이를 통하여 형사 사법 정의를 실현하려 한 취지에 반하는 결과를 초래하는 것으로 평가되는 예외적인 경우라면, 법원은 그 증거를 유죄 인정의 증거로 사용할 수 있다고 보아야 한다.

12) **「행정절차법」 제3조(적용 범위)** ① 처분, 신고, 확약, 위반사실 등의 공표, 행정계획, 행정상 입법예고, 행정예고 및 행정지도의 절차(이하 "행정절차"라 한다)에 관하여 다른 법률에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 이 법에서 정하는 바에 따른다.

13) 헌재 2013. 9. 26. 2011헌마398 접견교통권방해 등 위헌확인
교도소장이 접견과정에서 소송사건의 대리인인 변호사와의 접견내용을 녹취하게 되면 그 접견내용에 대한 비밀을 보장받기 어려우므로, 수형자인 청구인의 입장에서는 변호사와의 자유로운 접견을 방해받게 되고, 그로 인하여 민사소송, 행정소송, 헌법소송 등에서 충분하고도 효과적인 소송수행이 어려울 수 있다. 따라서 수형자의 민사사건 등에 있어서의 변호사와의 접견교통권은 헌법상 재판을 받을 권리의 한 내용 또는 그로부터 파생되는 권리로서 보장될 필요가 있다 할 것이므로, …

14) 헌재 2013. 9. 26. 2011헌마398 접견교통권방해 등 위헌확인
수형자가 헌법소원이나 행정소송 등의 쟁송을 위해 변호사의 도움을 구하는 경우 그 변호사의 접견에 있어서도 접견내용을 녹음, 녹화하는 것이 타당한지 여부이다.…접견의 상대방이 헌법소원 등 소송사건의 대리인으로서 변호사인 경우에는 그 접견내용을 녹음, 녹화하여서는 아니될 것이다.… 변호사로서의 지위에서 나오는 고도의 공익적 성격과 그 직무수행에 있어서의 의무위반으로 인한 제재효과 등에 비추어 볼 때, 소송사건의 변호사가 접견을 통하여 수형자와 모의하는 등으로 법령에 저촉되는 행위 또는 시설이나 수용질서를 어지럽히는 행위를 하거나 이에 가담하는 등의 행위를 할 우려는 거의 없다.

○ 한편, 안 제113조에서 '의뢰인의 승낙을 강요한 자'를 벌칙으로 추가한 것은 승낙의 강요를 방지하여 의뢰인의 권익을 보호하기 위한 입법취지로 보임. 다만, 현행 「형법」상 직권남용죄(제123조)나 강요죄(제324조)로도 유사한 행위태양을 처벌할 수 있다는 점을 감안하여 새로운 처벌규정의 도입 여부를 검토하여야 할 것임.

<개정안 벌칙과 형법상 직권남용죄, 강요죄의 비교>

	개정안 벌칙	직권남용죄(형법 제123조)	강요죄(형법 제324조)
행위태양	의뢰인의 승낙 강요	공무원의 직권남용 권리행사방해, 의무 없는 일 강요	폭행·협박으로 권리행사방해, 의무 없는 일 강요
형량	징역 1년이하 벌금 1천만원이하	징역 5년이하 자격정지 10년이하 벌금 1천만원이하	징역 5년이하 벌금 3천만원이하

* 자료: 법무부

○ 그 밖에 체계 및 자구 검토 사항으로, 현행 제26조[15] 단서는 '법률에 특별한 규정이 있는 경우에는 그러하지 아니하다'로 규정하고 있는데, '법률'이 동「변호사법」만을 의미하는지 혹은 '다른' 법률까지 포괄하여 의미하는 것인지 불명확하므로 이를 명확히 할 필요가 있어 보이고,

안 제26조제2항[16]은 '요구'의 대상이 불명확한 측면이 있으므로, 이를

15) **제26조(비밀유지의무 등)** 변호사 또는 변호사이었던 자는 그 직무상 알게 된 비밀을 누설하여서는 아니 된다. 다만, 법률에 특별한 규정이 있는 경우에는 그러하지 아니하다.
16) ② 누구든지 다음 각 호의 사항에 대하여 공개, 제출 또는 열람할 것을 요구하여서는 아니 된다.

‘변호사 또는 변호사였던 자에게’ 등으로 명확히 규정하는 방안을 검토할 수 있을 것으로 보임.

문 의 처
02) 6788-5060