

변호사 사무실 및 자택에 대한 압수·수색을 예외적으로 허용하는
형사소송법 조항 등의 합헌성
- 프랑스 헌법재판소의 2023년 1월 19일 n°2022-1030 결정에 대한
분석을 중심으로 -

벨기에 브뤼셀 자유 대학교 철학 박사 과정 및
프랑스 툴루즈 카피톨 대학교 법학 박사 과정 이은설

I. 들어가며

의뢰인과 변호사 사이의 비밀유지권(Attorney-Client Privilege), 혹은 변호사의 직업적 비밀 보장(secret professionnel)은 오랜 논쟁의 대상이다. 그러나 이 권리가 절대적인 것은 아니므로 비밀유지권에 반하는 변호사 사무실과 주거지에 대한 압수·수색은 유럽인권재판소의 2011년 2월 15일 Heino v. Finland 결정 등 여러 사례에서 쟁점화된 바 있다.¹⁾ 유럽인권재판소는 위 결정을 통해 변호사 사무실 수색 및 자택 수사를 위해서는 사법기관의 허가가 우선적으로 필요하며 수색의 전후과정에서 사법적인 통제를 벗어나는 경우 유럽인권협약(Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, 이하 ‘협약’) 제8조에 위배된다고 하였다. 협약 제8조 제1항에 따르면 모든 사람은 자신의 사생활과 가족생활, 주거 및 통신을 존중받을 권리를 가진다.²⁾ 또한 협약 제8조 제2항에 따라 이러한 공권력의 행사는 국가 안보, 공공의 안전, 국가의 경제적 복리, 무질서 또는 범죄의 방

1) Case of Heino v. Finland (Application no. 56720/09)

2) 협약 제8조 제1항은 다음과 같이 규정하고 있다: “Everyone has the right to respect for his private and family life, his home and his correspondence.”

지, 보건 또는 도덕의 보호, 또는 타인의 권리와 자유를 보호하기 위해 법에 따라 민주 사회에서 필요한 경우를 제외하고는 비밀유지권의 행사를 제한할 수 없다.³⁾

한국에서도 2016년, 2018년, 2019년에 이어 2022년에도 주요 법무법인을 대상으로 행해진 압수·수색에 대한 논란이 있었다. 2022년 12월 15일 서울지방법변호사회는 성명을 통해 “압수·수색 영장을 청구하는 검찰과 이를 발부하는 법원이 모두 변호사의 비밀유지권을 중대하게 침해하는 사태가 반복적으로 초래”되고 있으며, 이는 “헌법상 변호인 조력권을 부당하게 침해하는 행위”라는 취지의 뜻을 밝혔다.⁴⁾ 특히 가장 최근에 이루어진 법무법인에 대한 압수·수색은 아직 공판이 진행 중인 사안과 관련이 있다는 점에서 변론권 위축이 초래되었다는 서울지방법변호사회의 반발이 있었다.

의뢰인과 변호사 간의 비밀유지권에 관한 입법이 필요하다는 주장은 꾸준히 제기되고 있다. 2019년에 발행된 OECD의 보고서에 따르면, OECD 국가 중 일본과 한국을 제외한 나머지 국가에서는 비밀유지권이 명문화되어 있다.⁵⁾ 이를 통해 헌법상 보장되는 기본권인 방어권을 실질적이고 효과적으로 보장하고 의뢰인이 자신에게 유리하고 불리한 모든 것을 변호사에게 가감 없이 털어놓을 수 있도록 하는 것이다. 2020년 6월 제21대 국회에서 변호사 사무실 및 자택 압수·수색에 관한 논의 및 변호사의 비밀유지권 관련 내용을 담은 변호사법 일부개정법률안이 발의되었으나 2023년 현재까지 입법화되지는 못했다.

프랑스의 경우, 2021년 12월 형사소송법 개정(LOI n°2021-1729 du décembre 2021 pour la confiance dans l'institution judiciaire)을 통해 변호

3) 협약 제8조 제2항은 다음과 같이 규정하고 있다: “There shall be no interference by a public authority with the exercise of this right except such as is in accordance with the law and is necessary in a democratic society in the interests of national security, public safety or the economic well-being of the country, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals, or for the protection of the rights and freedoms of others.”

4) https://www.seoulbar.or.kr/cop/bbs/selectBoardList.do?nttId=29258&bbsId=BBSMSTR_000000000041

5) OECD에서 2019년 1월 31일에 발행된 보고서(Background Paper), “Treatment of Legally Privileged Information in Competition Proceedings”는 다음과 같이 기술하고 있다: “According the Secretariat’s research of public resources, the OECD Members that do not recognize legal privilege are Japan and Korea.”, <https://www.oecd.org/daf/competition/treatment-of-legally-privileged-information-in-competition-proceedings.htm>

사 사무실과 주택에 대한 압수·수색 요건과 절차를 강화했다. 이에 따르면 변호사 사무실 등에 대한 수색은 해당 사안을 회부한 석방구금판사(le juge de la liberté et de la détention)가 내린 서면 결정에 따라 치안판사(magistrat), 변호사협회장 또는 그의 위임인이 입회한 상태에서만 실시할 수 있다. 해당 판사가 내린 결정에는 조사 중인 범죄의 성격, 수색을 정당화하는 이유, 수색의 목적 및 사실의 성격과 심각성에 대한 비례성이 명시되어야 한다.⁶⁾

변호사의 비밀유지권 적용의 예외와 관련해 최근 프랑스 헌법재판소는 2023년 1월 19일 n°2022-1030 결정(Décision n° 2022-1030 QPC du 19 janvier 2023)을 통해 사법부 신뢰에 관한 2021년 12월 22일 법률 제 2021-1729호(La loi n° 2021-1729 du 22 décembre 2021 pour la confiance dans l'institution judiciaire, 이하 '사법부 신뢰에 관한 법률')에 따라 변호사 사무실 또는 자택을 수색하는 것이 헌법에 부합함을 선언한다. 헌법재판소는 변호사의 직업적 비밀(secret professionnel de l'avocat)에 관한 사후적 위헌 법률심사(Question Prioritaire de Constitutionnalité) 사건에서 '사법부 신뢰에 관한 법률'에 따른 신설 조항인 형사소송법 제56-1조와 제56-1-2조(Code de procédure pénale, article 56-1, article 56-1-2)가 헌법에 보장된 권리와 자유에 부합한다고 판단한 것이다.

뿐만 아니라 헌법재판소는 같은 날 내려진 n°2022-1031 결정(Décision n° 2022-1031 QPC du 19 janvier 2023)을 통해서도 변호사 사무실 수색 및 자택 수색이 헌법에 부합함을 선언한다. 이 결정은 세금 문제와 관련해 변호사 사무실 또는 자택 방문 및 압수·수색이 타당함을 보여준다. 조세절차법 제 16B조(L'article L. 16B du livre des procédures fiscales)에 따르면 석방구금판사는 세무 행정의 공인 대리인에게 소득세, 수익세 또는 매출세 분야의 사기 행위와 관련된 문서 및 서류가 보관되어 있을 가능성이 있는 모든 장소를 방문하고 이를 압수할 수 있는 권한을 부여한다. 헌법재판소는 석방구금

6) 형사소송법 제56-1조 제1항 제1문 참조

판사가 이러한 권한을 가지고 있는 것은 공정성의 원칙에 위배되지 않는다고 보았다.⁷⁾

이 글에서는 헌법재판소의 2023년 1월 19일 n° 2022-1030 결정과 관련한 전후 상황과 배경을 검토하고, 헌법재판소가 어떠한 근거를 토대로 변호사 사무실 및 자택 수색을 허용하는 형사소송법 제56-1조가 합헌임을 판단했는지, 또한 변호사의 직업적 비밀 보장의 예외를 허용하는 형사소송법 제56-1-2조가 어떠한 근거로 의뢰인과 변호사의 권리를 침해하는 것이 아님을 판단했는지를 확인할 것이다.

II. 배경 및 제반 상황

헌법재판소는 헌법 제61-1조에 규정된 요건에 따라 2022년 10월 19일 국사원(Conseil d'État)의 2022년 10월 18일 결정 n°463588, 463683에 의해 사후적 위헌법률심사를 접수했다.⁸⁾ 이 심사는 파리변호사협회(Barreau de Paris)의 SCP 피브니카와 몰리니에(SCP Piwnica et Molinié), 그리고 오드센변호사협회(Barreau des Hauts-de-Seine)의 SARL Briard 사무실(SARL Cabinet Briard)에 의해 신청되었다. 이 심사에서 쟁점이 되는 사안은 '사법부 신뢰에 관한 법률'에 따라 개정된 형사소송법 제56-1조와 제56-1-2조가 헌법상의 권리 및 자유를 침해하는지 여부이다.

우선 '사법부 신뢰에 관한 법률'에 대해 알아볼 필요가 있다. 이 법률은 법무 장관인 에릭 뒤퐁-모레티(Eric Dupont-Moretti)의 주도하에 이루어진

7) 사후적 위헌법률심사를 제기한 신청인에 따르면, 형사소송법 제56-1조는 석방구급판사에게 변호사 사무실 또는 자택에 대한 수색 중에 발견된 문서 또는 물건의 압수에 대한 이의에 대한 결정을 내릴 수 있는 권한을 부여하는데 이는 공정성의 원칙에 위배된다. 압수·수색을 허용하는 주체와 이미 이루어진 압수·수색의 적절성을 판단하는 판사가 석방구급판사로 동일할 것은 공정성과 관련한 심각한 문제를 야기할 수 있다는 것이 그들의 입장이다. 그러나 헌법재판소는 이 조항이 한 명의 석방구급판사가 압수를 집행하고 이의에 대한 결정도 내릴 수 있도록 허용하는 것으로 해석되어서는 안 된다고 한다. 헌법재판소에 따르면 (공정성의 원칙은) 수색을 허가한 석방구급판사와 이미 이루어진 수색의 적절성을 판단하는 석방구속판사가 다를 수 있음을 고려한다.

8) 프랑스 헌법 제61-1조는 다음과 같이 규정하고 있다: “법원에 소송이 계속 중에 법률조항이 헌법에 보장된 권리와 자유를 침해한다는 주장이 제기되는 경우, 해당 사안은 정해진 기간 내에 하도록 되어 있는 국사원 또는 파기원의 제청에 따라 헌법재판소가 이를 심판한다.”

개혁의 일환으로, 그 궁극적인 목표는 시민들이 정의(justice)와 법률의 작동 방식에 대해 더 잘 이해할 수 있도록 함으로써 시민과 사법 기관 간의 신뢰를 회복하는 것이다.⁹⁾

이러한 개혁을 통해 개정된 형사소송법 제11조(Article 11 du Code Procédure Pénale)는 변호사의 변호 및 자문 활동 모두에서 변호사의 직업적 비밀을 인정하는 내용을 포함한다. 위 조문에 따르면 법률이 달리 규정하고 있고 의뢰인의 방어권을 침해하지 않는 경우를 제외하고, 조사 및 조사 과정의 절차는 비밀로 유지된다. 이 절차에 참여하는 모든 사람은 형법 제434-7-2조에 규정된 조건에 따라 직업적 비밀을 준수해야 하고, 위반 시 처벌을 받게 된다. 다만, 불완전하거나 부정확한 정보의 유포의 방지, 공공질서 문란의 종식, 혹은 기타 공공의 이익의 보장을 위해 검사는 자신의 직권으로 예심법원(juridiction d'instruction) 또는 당사자의 요청에 따라 직접 또는 그의 동의와 감독하에 활동하는 사법경찰관의 개입을 통해 관련자에 대한 혐의에 대한 평가를 포함하지 않는 절차 안에서 도출된 객관적인 요소를 대중에게 공개할 수 있다.

또한 이번 개혁은 변호사의 통신 기록(fadettes)에 대한 보호를 포함한다. 실제로 그 전까지 파기원(Cour de cassation)은 변호사의 자문 활동에서 변호사의 비밀을 인정하지 않았으나 이 개혁으로 인해 비밀유지권이 광범위하게 보장된 것이다. 그러나 정부 수정안을 통해 변호사의 직업적 비밀이 늘 보장되는 것이 아니며 예외 상황이 있을 수 있음이 명확해 졌다. 세금과 관련된 사기, 부패 또는 이러한 범죄의 자금 세탁 및 테러 자금 조달의 경우에는 변호사의 직업적 비밀이 보장되지 않는다.

위와 같은 사법개혁을 기반으로 한 '사법부 신뢰에 관한 법률'에 의해 개정된 형사소송법 제56-1조는 변호사의 직업적 비밀에 대해 다음과 같이 규정한다:

9) <https://www.vie-publique.fr/loi/279445-loi-confiance-dans-linstitution-judiciaire-reforme-dupond-moretti>

형사소송법 제56-1조

제1항 변호사의 사무실 또는 자택에 대한 수색은 해당 사안을 회부한 석방구금판사가 내린 서면 결정에 따른다. 석방구금판사는 조사할 범죄의 성격, 수색을 정당화하는 이유, 수색의 목적 및 범죄의 성격과 심각성이 비밀유지권에 대한 제한과 적절하게 비례하는지를 명시해야 하며, 이러한 수색은 치안판사와 변호사협회장 또는 그 위임인의 입회하에서만 수행할 수 있다. 이 결정의 내용은 수색을 집행하는 판사가 수색을 개시하는 즉시 변호사협회장 또는 그 위임인에게 통보되어야 하며, 판사와 변호사협회장 또는 그 대리인은 압수 전에 부지에서 발견된 문서 또는 물건에 대해 혐의하거나 인지할 권리를 단독으로 갖는다. 앞서 언급한 결정에 기재된 것 이외의 범죄와 관련된 문서 또는 물건에 대한 압수는 허용되지 않는다. 또한 변호사의 범죄 연루에 의해 수색이 정당화되는 경우, 그가 가해자 또는 공범으로서 소송의 대상이 되는 범죄 또는 제203조의 의미 내에서 밀접한 관련이 있는¹⁰⁾ 범죄를 저질렀거나 저지를 것을 시도했다고 의심할 만한 그럴듯한 이유(raisons plausibles)가 있는 경우에만 수색이 허가될 수 있다. 본조를 위반한 수색은 이를 무효로 한다.¹¹⁾

제2항 수색을 지휘하는 판사는 수사가 변호사 직업의 자유로운 행사를 침해하지 않도록 해야 하며, 특정 사법 및 법률 전문직의 개혁에 관한 1971년 12월 31일 법률 제71-1130호(Loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques) 제66-5조¹²⁾에 따라 의뢰인의 방어권 및 변호사의 비밀유지권 행사와 관련된 문서

10) 형사소송법 제203조에 따르면 범죄들은 다음과 같은 경우에 밀접한 관련이 있다: 여러 사람이 동시에 함께 저지른 경우, 서로 다른 시간과 장소에서 서로 다른 사람이 저지른 경우라도 그들 사이에 사전에 형성된 공모의 결과인 경우, 또는 유죄 당사자가 다른 범죄를 저지르기 위한 수단을 확보할 목적으로 다른 범죄의 실행을 용이하게 하거나, 실행하거나, 면책을 보장하기 위해 일부 범죄를 저지른 경우, 또는 중범죄 혹은 경범죄에 의하여 탈취, 횡령 혹은 습득한 물건의 전부 또는 일부가 은폐된 경우.

11) Portail de la Question Prioritaire de Constitutionnalité, <https://qpc360.conseil-constitutionnel.fr/commentaire-decision-2022-1030-qpc#note%2013.%2013%20Cass.%20rim.%205%20octobre%201999,%20n%C2%B0C2%A098-80.007>.

12) 특정 사법 및 법률 전문직의 개혁에 관한 1971년 12월 31일 법률 제66-5조의 제1항에 따르면, “자문 분야든 변호 분야든, 변호사가 의뢰인에게 전달하거나 의뢰인을 위해 의도한 상담, 의뢰인과 변호사, 변호사와 동료 간에 주고받은 서신, ‘공식’으로 표시된 서신, 인터뷰 기록 및 보다 일반적으로 파일에 포함된 모든 문서는 전문적 기밀로 보호된다.” 또한 제2항에 따르면, “이 조항은 신탁 계약 체결 시점부터 수탁자 역할을 하는 변호사에게 이 활동에 적용되는 특정 규정을 적용하는 것을 막지 않는다(단, 해당 변호사가 이 역할을 하고 있다

를 압수의 대상에서 제외하여야 한다.

제3항 변호사협회장 또는 그 위임인은 문서 또는 물건의 압수가 비정상적(irrégulière)이라고 판단하는 경우 해당 압수에 이의를 제기할 수 있다. 이 경우 해당 문서 또는 물건은 봉인된 상태로 보관되어야 한다. 압수에 대한 이의 신청은 보고서의 대상이 되며, 이 보고서에는 변호사협회장 또는 그 위임인이 이의제기를 했다는 내용이 포함되어야 한다. 이 보고서는 사건 기록에 첨부되지 않는다. 수색 과정에서 해당 사건과 관련 없는 다른 문서나 물건이 압수되었으나 아무런 이의가 제기되지 않은 경우, 이 보고서는 형사소송법 제57조에 규정된 것과는 별도로 작성되어야 한다.¹³⁾ 보고서와 봉인된 문서 또는 물건은 사건기록의 원본 또는 사본과 함께 지체 없이 석방구금판사에게 송달되어야 한다.

제4항 석방구금판사는 이러한 서류를 받은 날로부터 5일 이내에 합리적인 판단을 통해 이의 제기에 대한 결정을 내려야 한다.

제5항 이를 위해 석방구금판사는 수색을 진행한 판사, 필요한 경우에 검사, 수색이 진행된 사무실 또는 자택의 변호사, 변호사협회장 또는 그 위임인의 의견을 청취해야 한다. 석방구금판사는 이들의 입회하에 봉인된 문서를 개봉할 수 있다.

제6항 석방구금판사가 문서 또는 물건을 압수할 이유가 없다고 판단하는 경우, 판사는 이러한 문서와 물건의 즉시 반환을 명하며, 해당 압수에 관한 보고서의 과기를 명할 수 있다. 필요한 경우, 압수·수색보고서에 적시된 문서 또는 물건 및 그 보고서의 내용 자체에 대한 인용금지를 명할 수 있다.

제7항 이 경우가 아니라면, 석방구금판사는 사건기록에 봉인된 보고서를 보관하도록 명한다. 이 명령은 당사자들이 나중에 본안의 관할법원(jurisdiction de jugement)이나 고등법원 예심부(chambre de l'instruction)에 압수의 무효를 요청할 수 있는 후속 가능성을 배제하지 않는다.

는 사실을 통보 받지 않은 동료가 이 변호사에게 보낸 '공식'으로 표시되지 않은 서신은 제외한다.)”
13) 형사소송법 제57조는 물건 및 서류의 압수와 관련된 규정을 포함한다. 위 조항에 따르면 수색 중에 범죄와 관련 없는 문서나 물건이 압수되었지만 그 압수에 대해 이의가 제기되지 않은 경우에 해당 문서나 물건이 적절한 법적 절차에 따라 처리되도록 하기 위해서 별도의 보고서가 작성되어야 한다.

제8항 석방구금판사의 결정은 24시간 이내에 검사, 변호사 또는 변호사협회장 또는 그 위임인이 고등법원 예심부장에게 제기하는 효력정지신청(recours suspensif)의 대상이 될 수 있다. 고등법원 예심부장은 이 조의 제5항에 명시된 절차에 따라 사안이 회부된 날로부터 5일 이내에 결정을 내려야 한다.

제9항 뿐만 아니라 이 항소는 행정부(administration) 또는 관할 행정 당국(autorité administrative compétente)에 의해 제기될 수 있다.

제10항 이 조의 규정은 변호사협회 또는 변호사 금융 결제를 위한 자율 기금(Caisses de Règlement Péniculaire des Avocats, CARPA) 사무실에서 수행된 수색에도 적용된다. 이 경우, 사법법원(tribunal judiciaire)의 장이 석방구금판사의 역할을 대신하고, 사법법원의 장은 수색에 대해 사전에 통지해야 한다. 변호사협회장의 사무실 또는 자택을 수색하는 경우에도 동일하다.

제11항 이 조의 규정은 다른 법령 또는 특별법에 근거하여 변호사의 사무실이나 자택 또는 끝에서 두 번째 항(제10항)에서 언급된 구내에서 수행되는 수색(perquisitions) 또는 자택 방문(visites domiciliaires)에도 적용된다.

사법부 신뢰에 관한 법률에 의해 개정된 형사소송법 제56-1-2조는 다음과 같이 규정하고 있다 :

형사소송법 제56-1-2조

형사소송법 제56-1조 및 제56-1-1조에 규정된 경우, 제56-1조에 규정된 변호사협회장 또는 그 위임인의 특권 및 제56-1-1조에 규정된 피수색자의 권리를 침해하지 않는 범위에서, 변호사 또는 그의 의뢰인이 보유 또는 전송한 상담, 서신 또는 문서가 프랑스 일반 조세법 제1741조, 제1743조, 제421-2-2조 및 형법 제421-2-2조, 제433-1조, 제433-2조 그리고 제435-1조부터 제435-10조에 규정된 범죄와 관련해, 이와 같은 증거가 해당 범죄를 저지르거나 용이하게 할 목적으로 사용되었음이 입증되는 경우 변호사의 직업적

비밀은 보장되지 않는다.

사후적 위헌법률심사를 신청한 파리변호사협회, 오드센변호사협회 및 대리인은 이러한 조항이 의뢰인과 변호사 사이의 직업적 비밀을 침해한다고 주장하며, 헌법재판소가 이 직업적 비밀을 개인의 권리 및 자유의 보장과 같은 헌법상의 요건(exigence constitutionnelle)으로 인정해 줄 것을 요청한다. 또한 그들은 이러한 조항이 방어권, 사생활의 비밀, 서신의 비밀, 공정한 재판을 받을 권리, 자기부죄거부의 권리를 침해하고 있다고 주장한다. 이러한 측면에서 형사소송법 제56-1-2조가 변호사의 직무상 비밀에 해당하는 문서를 방어권 행사와 관련이 있는 경우에도 압수할 수 있도록 허용한 점을 비판한다.¹⁴⁾

뿐만 아니라 일부 소송 참가인들이 합류한 오드센변호사협회도 수색이 정당화되기 위한 필수 조건인, 변호사가 범죄를 저질렀다고 의심할 수 있는 ‘그럴듯한 이유’(raison plausible)의 존재와 이와 관련한 조건들이 너무나도 불명확하다고 주장한다. 더욱이 수색 과정에서 변호사협회장이 압수의 정상성(régularité)에 대해 이의를 제기하는 경우, 석방구금판사가 결정을 내려야 하는 5일의 기간은 물리적으로 너무 짧다는 점을 지적한다. 이는 앞서 언급한 헌법상 요건을 위반하는 결과를 초래할 수 있다는 것이다.¹⁵⁾

파리변호사협회는 위와 동일한 이유로 앞의 형사소송법 조항들이 헌법상의 요건과 관련된 조건들에 따라 ‘권한의 소극적 행사로 인한 무능’(incompétence négative)의 법리에 의해 무효화된다고 주장한다.¹⁶⁾

‘권한의 소극적 행사로 인한 무능’은 관할 기관이 법령에서 부여한 권한을 충분히 활용하지 않는 경우를 뜻한다. 이중 부정으로 표현되는 권한의 ‘소극적’(négative) 행사로 인한 ‘무능’(incompétence)에서 ‘소극적’이란 표현은 어떤 기관이 자신의 권한에 미치는 힘을 온전히 행사하지 못한 경우에 사용된다. 반대로 어느 기관이 자신의 권한을 초과하여 다른 기관의 권한을 침해한

14) 앞의 프랑스 헌법재판소 결정 3번째 단락

15) 앞의 프랑스 헌법재판소 결정 4번째 단락

16) 앞의 프랑스 헌법재판소 결정 5번째 단락

경우에는 ‘적극적(positive)’이라고 표현된다.¹⁷⁾ 이번 사후적 위헌법률심사의 경우에서 이러한 법리는 법기관이 자신의 권한을 소극적으로 행사함과 관련이 있다.

결론적으로, 그들은 형사소송법 제56-1조 제1항 제5문의 ‘그럴듯한 이유’와 같은 조 제2항의 ‘방어권 행사와 관련된’, 그리고 같은 조 제4항의 ‘5일 이내’라는 세 부분 및 제56-1-2조에 대해 사후적 위헌법률심사를 신청한다.¹⁸⁾ 또한 사후적 위헌법률심사를 신청한 변호사 중 한 명은 형사소송법 제56-1조가 법률의 명확성 및 명료성 요건과 효과적인 사법적 구제를 받을 권리(droit à un recours juridictionnel effectif)를 침해한다고 주장한다. 더불어 형사소송법 제56-1-2조가 법 앞의 평등 원칙(principe d'égalité devant la loi)에 위배된다고 주장한다.¹⁹⁾

III. 프랑스 헌법재판소의 판단

헌법재판소는 다음과 같은 사항이 헌법에 부합한다고 결정했다. 첫째, ‘사법부 신뢰에 관한 법률’에 따른 형사소송법 제56-1조 제1항 제5문에 등장하는 ‘그럴듯한 이유’(raisons plausibles) 부분은 합헌이다. 둘째, 같은 조 제2항의 ‘방어권 행사와 관련된’(relevant de l'exercice des droits de la défense) 부분은 합헌이다. 셋째, 같은 조 제4항의 ‘5일 이내’(dans les cinq jours) 부분은 합헌이다. 넷째, ‘사법부 신뢰에 관한 법률’에 따른 형사소송법 제56-1-2조는 합헌이다.

헌법재판소는 형사소송법 제56-1조에 대해 다음과 같이 판단하였다:

첫째, 형사소송법 제56-1조는 위에서 언급한 ‘사법부 신뢰에 관한 법률’에

17) ‘권한의 적극적 행사로 인한 무능’의 법리를 통해 판사는 해당 기관이 다른 기관의 권한을 침해한 경우 이를 제재할 수 있다.

18) 앞의 프랑스 헌법재판소 결정 6번째 단락

19) 앞의 프랑스 헌법재판소 결정 7번째 단락

따라 변호사 사무실 또는 자택에서 수색을 실시할 수 있는 요건과 이를 통해 발견된 문서 또는 물건을 압수할 수 있는 방법을 명시한다. 사후적 위헌 법률심사 사건의 대리인 측은 이러한 조건이 개인의 자유와 권리를 침해한다고 주장하지만 이는 적절하지 않다. 1789년 인간과 시민의 권리 선언(Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789, 이하 '1789년 선언') 제16조에 따르면 “권리가 보장되지 않고 권력 분립이 결정되지 않은 사회에는 헌법이 없다”. 위 조항은 의뢰인의 권리, 즉 방어권 보장의 중요성을 역설한다. 그러나 위 조항은 의뢰인과 변호사 사이의 교환 및 서신에 대한 비밀 보장의 의무를 구체적으로 명시하지는 않으며, 또한 이 권리(비밀 보장)에 대한 구체적 헌법 조항이 없기 때문에 위헌이라고 판단내릴 수 없다.²⁰⁾ 또한 형사소송법 제56-1조 제2항은 방어권의 행사와 관련된 특정 사법 및 법률 전문직의 개혁에 관한 1971년 12월 31일 법률 제66-5조에 따라 변호사 및 법률고문의 직업적 비밀로 보호되는 문서를 압수하는 것을 금지하고 있다.²¹⁾ 따라서 이러한 조항들은 사법 절차(procédure juridictionnelle)나 제재(sanction)를 부과하는 절차와 관련된 문서의 압수를 허용하지 않으며 이는 1789년 선언 제16조에 의해 보장된 방어권의 영역에 해당한다.²²⁾ 이는 변호사협회의 변호사들(requérants) 및 이 심사의 소송 참가인(intervenantes)이 주장하는 내용과 정반대의 결과를 도출해 내기 때문에, 이러한 권리가 침해되었다는 불만은 배척될 수밖에 없다.

둘째, 헌법적 가치의 권리와 원칙을 보호하기 위해 필요한 범죄자에 대한 수색이 헌법상 보장된 권리 및 자유의 행사와 조화를 이루도록 보장할 의무가 입법부에 있다. 후자에는 1789년 선언 제2조에 의해 보호되는 사생활의 비밀과 서신의 비밀을 존중할 권리가 포함된다.²³⁾ 1789년 선언 제2조에 따르면 “모든 정치적 결사의 목적은 인간의 천부적이고 불가침한 권리를 보존하는 것이다. 이러한 권리에는 자유, 재산, 안전, 억압에 대한 저항이 포함된

20) 앞의 프랑스 헌법재판소 결정 9번째 단락

21) 앞의 프랑스 헌법재판소 결정 10번째 단락

22) 앞의 프랑스 헌법재판소 결정 11번째 단락

23) 앞의 프랑스 헌법재판소 결정 13번째 단락

다.” 형사소송법 제56-1조는 변호사 사무실이나 자택에서 발견된 문서와 물건의 압수를 허용한다.²⁴⁾ 그러나 한편으로는 수사와 관련된 범죄의 성격, 이러한 조치를 정당화하는 이유, 그 목적 및 사실의 성격과 심각성에 대한 비례성(*proportionnalité*)을 명시하는 석방구금판사의 합리적인 결정에 의해서만 수색이 진행될 수 있으며, 이를 위반한 경우 무효로 한다. 변호사가 범죄에 연루되었을 가능성으로 인해 이러한 조치가 정당화되는 경우 이 승인은 해당 변호사가 절차의 대상이 되는 범죄 또는 관련 범죄를 저질렀거나 저지려고 했다고 의심할 만한 그럴듯한 이유(*existence de raisons plausibles*)가 있어야 한다는 모호하지 않은 조건을 전제로 한다.²⁵⁾

다른 한편으로는, 앞서 말한 바와 같이, 수색을 허가하는 결정에 언급된 범죄 이외의 범죄와 관련된 문서나 물건은 압수할 수 없다. 압수는 판사 또는 변호사협회장 또는 그 위임인의 입회하에만 수행될 수 있으며, 치안판사는 압수가 비정상적이라고 판단하는 경우 이를 반대할 수 있다. 이 경우 석방구금판사는 합리적인 명령(*ordonnance motivée et susceptible*)에 따라 5일 이내에 이의 제기에 대해 결정을 내려야 하며, 이 경우 고등법원 예심부장²⁶⁾에게 항고할 수 있다.²⁷⁾ 따라서 형사소송법 제56-1조의 논쟁이 되는 조항은 범죄자를 추적한다는 헌법적 목적과 사생활의 비밀과 통신의 비밀을 존중받을 권리 사이의 균형 있는 조정에 대해 규정하고 있다.²⁸⁾

따라서 ‘권한의 소극적 행사로 인한 무능’의 법리를 해치지 않으면서 공정한 재판을 받을 권리, 자기부죄거부의 권리, 효과적인 사법적 구제를 받을 권리 또는 헌법에 의해 보장된 다른 권리나 자유를 침해하지 않은 이 조항은 헌법에 부합한다고 선언되어야 한다.²⁹⁾

24) 앞의 프랑스 헌법재판소 결정 14번째 단락

25) 앞의 프랑스 헌법재판소 결정 15번째 단락

26) 고등법원 예심부(*chambre de l'instruction*)는 재판 전 구금에 대한 결정을 포함하여 예심판사 및 석방구금판사의 결정에 대한 항고를 심리하는 곳이다. 형사소송법 제220조에 따르면 고등법원 예심부장은 항소법원(*cour d'appel*)의 관할권 내에서 예심수사부(*cabinets d'instruction*)의 적절한 기능을 보장하게 한다.

27) 앞의 프랑스 헌법재판소 결정 16번째 단락

28) 앞의 프랑스 헌법재판소 결정 17번째 단락

29) 앞의 프랑스 헌법재판소 결정 18번째 단락

‘권한의 소극적 행사로 인한 무능’의 법리와 관련한 헌법재판소의 선례에 따르면 입법자가 자신의 능력과 권한에 미치지 못한 결정을 내림으로써 기본권에 보장된 권리 또는 자유에 영향을 미칠 수 있는 경우에는 헌법재판소가 입법 절차 및 권한에 대해 문제를 제기할 수 있다. 입법자가 법 제정을 소극적으로 함에 따라 스스로 행사해야 할 권리를 위임하는 경우, 입법자는 기본 규칙과 원칙을 정할 권리를 포기하고 명시적 또는 묵시적으로 다른 기관이 자신을 대신하여 개입할 수 있도록 허용하게 된다.³⁰⁾

그러나 이번 결정을 통해 헌법재판소는 입법자가 형사소송법 제56-1조를 제정할 때에 스스로의 권리를 정확히 행사했음을 지적했으며 따라서 위 조항이 ‘권한의 소극적 행사로 인한 무능’의 법리에 따라 무효화되는 것이 아니라고 선언하였다. 다시 말해, ‘그렇듯한 이유’ 부분, ‘방어권 행사와 관련된 사항’ 부분, ‘5일 이내’ 부분은 입법기관이 자신들의 무능(incompétence)으로 이를 모호하게 작성한 것이 아니며, 그 결과 헌법재판소가 입법 절차 및 권한에 문제를 제기하는 것은 적절치 않다는 것이 요지이다.

뿐만 아니라, 헌법재판소는 형사소송법 제56-1-2조에 대해서도 다음과 같이 판단하였다:

쟁점이 되는 조항은 형사소송법 제56-1조에 대한 예외로서 방어권 행사와 관련되고 변호사의 직업적 비밀에 해당하는 문서가 변호사의 사무실, 자택 또는 그 밖의 장소를 수색하는 과정에서 발견된 경우, 특정 범죄와 관련된 수사 또는 기소 조치와 관련해 일정한 요건 하에서 이러한 비밀을 주장할 수 없다고 규정한다. 따라서 이러한 조항은 방어권을 침해할 가능성이 있다.³¹⁾

그럼에도 불구하고 입법자는 이 조항을 채택함으로써 조세 사기 또는 다른 범죄의 범행을 드러낼 수 있는 문서를 압수할 수 있도록 의도하였다. 따

30) <https://www.conseil-constitutionnel.fr/nouveaux-cahiers-du-conseil-constitutionnel/1-etat-de-la-jurisprudence-du-conseil-constitutionnel-sur-1-incompetence-negative>

31) 앞의 프랑스 헌법재판소 결정 19번째 단락

라서 이 조항은 범죄자를 추적하고 세금 사기를 방지해야 한다는 헌법적 목표를 충족시킨다.³²⁾ 한편으로, 문제된 조항은 변호사의 직업적 비밀이 보장되는 문서에는 적용되지 않는다. 법률고문의 직업적 비밀이 적용되는 문서 중 탈세, 부패, 영향력 거래, 테러리스트 사업 자금 조달 또는 이러한 범죄의 세탁을 저지르거나 용이하게 할 목적으로 사용된 문서만 압수될 수 있다. 이러한 압수에 반대하는 경우, 변호사협회장이나 그 위임인 또는 수색이 실시되는 장소의 소유자는 형사소송법 제56-1조 및 제56-1-1조에 규정된 조건에 따라 해당 서류의 압수에 이의를 제기할 수 있다.³³⁾

따라서 방어권이 침해되었다는 주장은 배척되어야 하며³⁴⁾, 이 결정의 제14번째 단락 및 제15번째 단락에 명시된 이유와 동일한 이유로 사생활 존중권 및 서신의 비밀을 침해했다고 주장 또한 배척되어야 한다.³⁵⁾

이상에서 살펴본 바와 같이 ‘권한의 소극적 행사로 인한 무능’의 법리에 의해 무효화되지 않고, 공정한 재판을 받을 권리, 자기부죄거부의 권리, 법 앞의 평등원칙, 기타 헌법에 보장된 권리 또는 자유를 침해하지 않는 형사소송법 제56-1-2조는 헌법에 부합하는 것으로 선언되어야 한다.³⁶⁾

헌법재판소의 결정을 정리하자면 다음과 같다. 첫째, 변호사의 직업적 비밀과 관련된 헌법적 권리는 존재하지 않는다. 1789년 선언 제16조에 근거하여 방어권 보장에 대한 헌법적 가치는 인정되지만, 의뢰인과 변호사 사이의 교류 및 서신에 대한 비밀 보장의 권리를 특별히 보장하는 헌법 조항은 존재하지 않는다. 실제로 헌법재판소는 2015년 7월 24일 n°2015-478결정 (Décision n°2015-478 QPC du 24 juillet 2015)을 통해 의뢰인과 변호사 사이에서 발생하는 소통과 관련한 비밀의 보장이 헌법에 의해 보호되는 권리임을 인정하지 않았다.³⁷⁾

32) 앞의 프랑스 헌법재판소 결정 20번째 단락

33) 앞의 프랑스 헌법재판소 결정 21번째 단락

34) 앞의 프랑스 헌법재판소 결정 22번째 단락

35) 앞의 프랑스 헌법재판소 결정 23번째 단락

36) 앞의 프랑스 헌법재판소 결정 24번째 단락

37) <https://qpc360.conseil-constitutionnel.fr/commentaire-decision-2022-1030-qpc#note%2054>

둘째, 헌법재판소는 다양한 헌법원칙의 공정하고 적절한 조화의 필요성을 강조한다. 두 가지의 헌법적 가치가 충돌하는 경우에 그 가치들 사이의 균형을 확보하는 것은 입법자의 책임이다. 이 결정에서 헌법재판소는 법이 추구하는 목적으로서의 범죄자에 대한 수색 행위와 법의 근간을 이루는 방어권 및 자유의 행사의 보장 사이에서 전자로 인하여 후자가 침해되지 않음을 지적한다. 그러나 이 결정은 전자가 후자를 우선하는 것을 의미하는 것은 아니며 단지 두 헌법적 가치가 균형 잡힌 조화를 이룰 수 있음을 시사한다.

셋째, 변호사의 직업적 비밀을 보장할 수 없는 특정 범죄에 대한 예외 상황은 주어진 법조항 안에서 충분히 명확하게 설명된다. 형사소송법 제56-1-2조는 탈세, 부패, 테러 자금 조달, 범죄의 자금 세탁이라는 위법적 행위와 압수·수색 행위 사이에서의 비례성 및 중요도를 따진 다음 위법적 행위가 더 큰 사회적 혼란과 문제를 야기하는 경우에 압수·수색이 가능함을 정확히 명시한다.

IV. 나오며

의뢰인과 변호사 간의 비밀유지권에 대한 논의가 프랑스를 비롯한 많은 나라에서 활발하게 진행되고 있다. 한국과 일본을 제외한 OECD에 포함된 대부분의 국가들이 변호사의 비밀유지권을 법으로 제정했으나, 법의 적용과 이러한 적용의 예외는 여전히 논쟁의 대상이다. 비밀유지권이 방어권 보장을 위해 필수적이라는 것이 다수의 의견임에도 불구하고 몇몇의 예외조항으로 인해 변호사 사무실과 자택에 대한 압수·수색이 진행되기도 한다.

따라서 이번 헌법재판소의 결정과 관련해 가장 쟁점이 되는 부분은 비밀유지권이 갖는 가치와 비밀유지권 적용의 예외를 통해 예상할 수 있는 이점 사이에서의 트레이드-오프(trade-off)이다. 비밀유지권은 작게는 방어권 보장부터 헌법적 요청인 적법절차원칙의 보호, 더 크게는 인간의 가장 기본적 권

리인 사생활과 자유의 보장까지 본질적인 법의 가치와 인간의 권리 보호를 내포한다. 의뢰인이 법적으로 보호받기 위해 제공한 정보들이 변호사 사무실이나 자택의 압수·수색으로 인해 수사기관에 노출된다면 변호사 선임이 아이러니하게도 더 이상 개인의 방어권 보장으로 이어지지 않을 것이다. 법 전문가의 도움을 받으려는 행위가 오히려 수사기관에 자신의 죄를 입증하기 위해 쓰일 것을 우려하는 의뢰인들은 변호사를 신뢰하지 못하는 것은 물론 법제도에 대한 깊은 의구심을 품게 될 것이다. 또한 변호사 사무실 및 자택의 압수·수색은 의뢰인뿐만 아니라 변호사가 자신의 업무를 행함에 있어서 보장되어야 하는 자율권과 자유가 침해되는 행위로 받아들여질 수 있다.

그러나 비밀유지권을 무조건적으로 보장함에 따라 발생하는 문제도 무시할 수는 없다. 의뢰인의 방어권 보장이 절대적인 가치가 되어 범죄자를 추적하지 못하고 이에 따라 사회에 혼란을 야기한다면 과연 이러한 법은 사회의 요구, 즉 사법정의의 실현을 충족시킬 수 있는가? 비밀유지권이 절대적으로 보장된다면, 가장 극단적인 예로는 변호사가 범죄에 가담한 경우에도 이를 증명할 만한 적절한 증거를 찾아낼 수 없을 것이다. 이는 필연적으로 범죄의 은닉 혹은 수사 자료의 은닉으로 이어질 수밖에 없으며 이러한 내용의 범조항은 결과적으로 실체적 진실 발견이라는 형사소송법의 원칙을 위반할 수밖에 없다. 뿐만 아니라 이러한 가치가 변하지 않는 최우선 순위로 고려된다면 피의자나 피고인의 권리 보장을 극대화함에 따라 피해자의 권리 보장이 위축되는 문제가 발생할 것이 자명하다.

한국의 경우, 현행법은 직무상 알게 된 비밀을 누설해서는 안 된다는 변호사의 비밀유지의무만 규정하고 있다(변호사법 제26조). 이에 지난 2020년 6월 제21대 국회에서 의뢰인의 방어권 보장, 혹은 변호인에게 조력을 받을 권리를 실질적으로 보장하기 위해 변호사의 비밀유지권에 관한 규정을 신설하는 변호사법 일부개정법률안(의안번호 제597호)이 발의되었다. 이러한 개정안은 프랑스의 형사소송법 개정안과 비슷한 목적을 지닌다. 비밀유지권 입법을 통해 변호사가 수임한 사건과 관련한 서류나 자료, 증거가 될 수 있는 문

서 등을 열람하거나 공개하거나 압수·수색하는 것을 막을 수 있게 된다. 정당한 원칙이 없이 수사기관의 편의를 위해서 헌법의 기본 정신인 개인의 방어권 보장 및 자유를 침해할 수 없게 되는 것이다. 실제로 2019년 대한변호사협회는 실태조사를 통해 비밀유지권이라는 실체적 법의 부재로 인해 발생하는 의뢰인의 권리 침해 사태를 적나라하게 보여주었다.

그럼에도 불구하고 프랑스의 경우에서도 보여지듯이 비밀유지권 입법만이 모든 문제를 해결하는 핵심이라고 단정짓는 것은 위험하다. 프랑스에서는 한국과 달리 형사소송법 개정을 통해 비밀유지권과 관련한 조항들이 상세히 입법되었음에도 법조항을 적용하는 과정에서 실질적인 문제들이 여전히 공존한다. 앞서 언급한 두 가지 가치 사이의 적절한 조화와 비례성의 원칙에 따른 비밀유지권 예외의 인정은 단순한 입법만으로는 해결되지 않는 양면적인 사회의 요구를 포함하는 것이다.

더욱이 변호사 사무실 및 자택에 대한 압수·수색이 헌법적 가치를 위반한다는 주장은 이번 프랑스 헌법재판소의 결정을 통해 적절하지 않음이 드러났다. 지금까지 비밀유지권의 입법을 지지하는 측에서는 비밀유지권을 헌법상의 권리를 제대로 보장하기 위한 장치로 고려하였으나 프랑스 헌법재판소의 결정은 이 권리 적용의 예외 또한 헌법상의 권리와 맞닿아 있음을 보여주는 것이다. 물론 비밀유지권 적용의 예외가 사법에 대한 신뢰를 해치지 않는 선에서 인정되려면 변호사 사무실 등에 대한 압수·수색 기준과 절차가 정확히 세워져야 할 것이다. 무분별하고 정당화되지 않은 압수·수색은 선진사법을 지향하는 많은 나라들의 목표들과 반대되는 일이기 때문에 기준과 절차에 관한 심도 깊은 논의는 필연적으로 요구된다.

그러나 이러한 논의를 통해 도출되는 압수·수색에 대한 기준과 절차가 사소하리만큼 자세할 필요는 없다. 실제로 프랑스의 형사소송법은 ‘그럴듯한 이유’가 있는 경우에만 압수·수색이 정당화됨을 명시한다. 사후적 위헌법률심사를 신청한 변호인단은 이 용어의 모호성을 지적하지만, 법의 본질적 기능이 발생 가능한 모든 상황을 가정하여 자세하게 설명하는 일이 아님을 인지

하고 받아들인다면 이 용어와 헌법 및 다른 법률 사이의 정합성을 통해 비밀유지권 보장의 예외가 정당화될 것이다. 법은 각 상황에 대한 구체적인 규칙보다는 일반적인 원칙과 규범만을 말하는 경향이 있다는 것을 잊어서는 안 된다.

기준과 절차가 법을 통해 세워진다 하더라도 실제 사건에 법을 적용하는 일에서 예상치 못한 다양한 이차적 문제들이 따라올 수 있다. 그럼에도 불구하고 법조항의 부재로 인해 변호사와 관련된 압수·수색이 임의로 발생한다면 이는 법의 근간을 흔들리게 하기에 충분하다. 뿐만 아니라 사내변호사의 비밀유지권에 대한 논의도 필수적이다. 압수·수색이 보통의 경우에 예외 없이 인정된다면 기업 입장에서는 법률자문을 받지 않는 것이 오히려 이득인 아 이러니한 상황을 낳게 된다. 따라서 어떤 경우에 있어 압수·수색이 허용될 것인지에 대한 명확한 기준을 만드는 것, 그 전에 그 기준에 대한 사회적 합의에 이르는 것이 법 제정을 위한 첫 걸음이 될 것이다. 실제로 OECD의 국가 중 19개국은 사내변호사의 비밀유지권도 충분히 보장하고 있다. 그러나 대부분의 나라가 비밀유지권을 법으로 제정하여 변호사의 직업적 의무 및 의뢰인의 방어권 보장을 고려하고, 나아가 과반수의 국가가 사내변호사의 비밀유지권을 보장하고 있다고 하더라도 국가별 사법시스템의 개별적 특성에 대한 충분한 고려 또한 필요할 것이다. 각 나라가 자국의 헌법과 사법체계 그리고 사회적 요구를 고려하여 이 법률을 제정한 만큼 한국의 경우에도 그들의 사례를 참조하되 한국의 실정에 맞는 법을 제정해야 할 것이다.