

[2015년 01월 15일 제 4286 호]

## 변호사의 자문 받은 법률의견서, 금감원이 제출을 요구하면

최영익 변호사(대한변협 국제이사)

### I. 서론

금융감독원장은 금융기관에 대하여 업무 또는 재산에 관한 자료의 제출 등을 요구할 수 있고, 금융기관 임직원이 검사 업무의 수행을 거부, 방해 또는 기피한 경우에는 해당 임직원에게 대해 제재조치를 할 수 있다(금융위원회의 설치 등에 관한 법률 제40조 제1항, 제41조 제1항 제3호 등). 설령 금융감독원이 검사 방해로 이유로 직접 제재를 하지 않더라도, 금융기관의 입장에서 금융감독원의 요구를 거절하는 것은 현실적으로 매우 어렵다.



그런데 만약 금융감독원이 금융기관을 검사하면서 변호사의 자문을 받은 법률의견서를 모두 제출하라고 한다면? 그리고 이를 바탕으로 위규사실을 적발하고 제재까지 한다면? 그렇다면 금융기관들은 더 이상 변호사에게 자문을 구하지 않게 될 가능성이 높고, 결국 금융기관 또는 그 임직원들이 변호사의 조력을 받을 권리가 침해되는 결과를 초래하게 될 것이다.

이하에서는 금융감독원 검사시 과도한 자료 제출 요구가 있었던 실제 사례들을 유형별로 살펴보고 이에 따른 문제점을 짚어본 후 외국의 입법례를 참조하여 실효성 있는 해결방안을 모색해 보고자 한다.

### II. 유형별 사례

금융감독원이 금융기관에게 과도하게 자료의 제출을 요구를 함으로써 변호인의 조력을 받을 권리의 침해가 문제되었던 사례를 유형별로 살펴보면 다음과 같다.

유형1: 금융기관이 받은 법률자문 서비스 내역의 제출을 요구한 사례

금융감독원은 A금융기관이 검사대상기간 동안 외부 변호사로부터 받은 법률자문 서비스 내역을 전부 제출할 것을 요구하였다.

유형2: 금융기관이 받은 법률의견서 사본의 제출을 요구한 사례

금융감독원은 B금융기관의 비용처리와 관련된 자료를 검토하면서 법률비용과 관련하여 작성된 법률의견서 사본을 모두 제출할 것을 요구하였다.

### 유형3: 사내변호사 등 임직원의 이메일의 제출을 요구한 사례

금융감독원은 C금융기관을 검사하면서 C의 임직원 수 명의 이메일에 대한 접근권을 요구하였다. 대상 임직원 중에는 사내변호사나 법무팀 또는 준법감시부 임직원도 포함되어 있었고, 이들의 이메일 중에는 외부 변호사와 주고받은 이메일도 포함되어 있었다.

위와 같은 사례 중 많은 경우 금융감독원은 특정한 위규사실에 대한 혐의를 밝히기 위해서 자료를 요구하기 보다는 검사 대상 금융기관이 위규사실이 있는지 여부를 파악하기 위한 목적으로 위와 같은 자료를 포괄적으로 현장검사 이전에 사전제출자료로서 요구하거나 현장검사 초반에 요구하였다.

## III. 검토

### 1. 국내법

#### 가. 헌법상 변호인의 조력을 받을 권리

헌법 제12조 제4항 본문은 “누구든지 체포 또는 구속을 당할 때에는 즉시 변호인의 조력을 받을 권리를 가진다”고 규정하여 적법절차원리의 내용으로서 변호인의 조력을 받을 권리를 보장하고 있다. 대법원은 이러한 권리가 피의자 또는 피고인에게만 인정된다는 입장을 취한 바 있다(대법원 2012. 5. 17. 선고 2009도6788 판결). 그러나 ‘헌법 제12조 제3항 본문은 동조 제1항과 함께 적법절차원리의 일반조항에 해당하는 것으로서, 형사절차상의 영역에 한정되지 않고 입법, 행정 등 국가의 모든 공권력의 작용에는 절차상의 적법성뿐만 아니라 법률의 구체적 내용도 합리성과 정당성을 갖춘 실체적인 적법성이 있어야 한다는 적법절차의 원칙을 헌법의 기본원리로 명시하고 있는 것’이다(헌재 1993. 7.29, 90헌바35, 1992. 12. 24, 92헌바8 등). 특히 금융감독원은 금융기관 또는 그 임직원의 위법·부당행위를 수사당국에 고발하거나 통보할 수 있는 바(금융기관 검사 및 제재에 관한 규정 제29조 제1항 본문), 만약 금융감독원의 검사 과정에서 변호인의 조력을 받을 권리가 보장되지 않는다면 향후 이어지는 형사절차에서 금융감독원에 제출한 자료들이 수사의 단서나 증거로서 피의자 또는 피고인에게 불리하게 이용되는 것을 막을 방법이 없게 된다. 따라서 아직 형사절차가 개시되지 않은 단계에서도 변호인의 조력을 받을 권리는 당연히 보장되어야 한다.

#### 나. 행정절차의 비례의 원칙

행정 등 국가의 모든 공권력의 작용에 헌법상 적법절차 원리가 지켜져야 함은 앞서 살핀 바와 같다. 이에 따라 금융관련법규에서는 금융감독원의 자료제출요구에 대해서도 업무수행에 필요한 최소한의 범위 내에서 자료요구를 하여야 한다는 비례의 원칙을 규정하고 있다(금융위설치법 제40조 제1항, 금융기관 검사 및 제재에 관한 규정 제9조 제1항, 동 규정 시행세칙 제6조의4 및 제17조 제3항 등). 따라서 금융감독원이 구체적인 혐의가 없는 상황에서 검사대상 금융기관의 과거 수년간의 법률자문서비스 내역이나 법률의견서 사본 등의 제출을 포괄적으로 요구하는

것은 현행 법규상 금융감독원에게 주어진 자료제출요구권의 한계를 일탈하여 남용하는 것으로서 위법하다고 보아야 한다.

법원도 금융감독원의 검사권한과 유사하게 공정거래위원회가 필요한 최소한의 범위 내에서 공공기관을 임의조사 할 수 있도록 규정한 공정거래법 제50조2에 대해 “회사의 내부통신망 전체열람을 요구하는 등 포괄적인 열람이나 제출을 요구하는 것은 그 주어진 자료요구 권한을 지나치게 벗어나 영장의 대상인 ‘수색’에 더 가까운 행위”로서 이를 거부하는 것이 위법이 아니라는 취지로 판시한 바 있다(수원지방법원 2010. 8. 3, 2008라609 결정).

#### 다. 금융기관 검사 및 제재에 관한 규정상 금융기관 임직원의 방어권

금융기관 검사 및 제재에 관한 규정에서도 금융기관 임직원이 문답서 및 확인서 작성시 변호사 등의 조력을 받을 수 있도록 하는 등 방어권을 보장하도록 규정하고 있다(금융기관 검사 및 제재에 관한 규정 제8조의3, 제35조, 금융기관 검사 및 제재에 관한 규정 시행세칙 제27조의2 제3항 등). 현실적으로 금융감독원의 요구를 거부하기 어려운 금융기관에게 변호사의 조력을 받은 자료를 요구하여 이를 검사 내지 제재에 이용하는 것은 이러한 검사 및 제재 절차에서의 금융기관 및 그 임직원의 방어권을 침해하는 결과가 된다.

## 2. 외국 입법례

### 가. 미국

미국의 경우, 변호사와 의뢰인 사이의 완전하고 솔직한 의사교환을 장려하고 이를 통하여 법률의 준수 및 사법제도에 있어서 보다 광범한 공익을 촉진하려는 목적에서 보통법(Common Law) 또는 미국 연방증거법(Federal Rules of Evidence) 제501조, 제502조 등에 근거하여 의뢰인의 권리로서 의뢰인과 변호인 사이의 비밀 의사교환의 개시를 거절할 수 있는 의뢰인의 변호사-의뢰인 특권 (Attorney-Client Privilege, 이하 ACP)과 증거개시절차 기타 강제적인 증거개시로부터 변호사의 소송준비자료를 면책하는 소송준비자료 개시면책(Work Product Rule, 이하 WPR)을 인정하고 있다.

### 나. 영국

영국도 이미 오래 전부터 Common Law에 의해 변호인 특권(Legal Professional Privilege, 이하 LPP)을 인정해왔다. LPP는 미국의 ACP와 유사한 법률자문특권(Legal Advice Privilege)와 미국의 WPR과 유사한 소송특권(Litigation Privilege)를 그 내용으로 한다.

특히 영국의 LPP의 경우, 초기에는 미국과 같이 증거법의 일부로서 발전하였으나 최근 영국 법원은 LPP의 기본권적, 실체법적인 성격을 강조하여, 금융당국 등의 자료제출 요구를 거부하기 위하여 주장할 수 있는 권리로 인정하는 경향을 보이고 있다.

### 다. 유럽사법재판소

대륙법계에 속하는 유럽사법재판소에서도 유럽 경쟁당국의 문서제출요구에 대해 AM&S라는 회사가 LPP를 이유로 제출을 거부하자 유럽 경쟁당국이 내린 제출명령이 LPP를 침해하여 무효라고 판단하여 LPP를 실체법적 권리로 인정한 바 있다.

#### IV. 결론

영국 법원은 ‘Morgan Grenfell & Co Ltd) v. Special Commissioners of Income Tax 사건’의 판결에서 누구든지 법에 관하여 숙련된 조언을 얻을 권리가 있고, 그러한 조언은 의뢰인이 그것이 나중에 공개되어 자신에게 불이익하게 사용될 수 있다는 두려움 없이 조언자 앞에서 모든 사실을 늘어놓을 수 없는 경우에는 효과적으로 얻어질 수 없다고 설명한 바 있다. 이러한 측면에서 최근 금융감독원이 금융기관 검사시 사전요구자료를 표준화하는 등 자료제출요구 관행을 개선하겠다고 공표한 것은 금융기관들에게는 두 손 들어 환영할 만한 일이다. 그러나 이러한 개선방안이 실효를 거두기 위해서는 외국의 입법례를 참고하여 자료제출과 관련된 구체적인 절차 및 한계 그리고 이를 거부할 수 있는 금융기관의 권리를 법률이나 규정에 명문화하고, 예를 들어 이를 위반하여 수집한 자료의 경우 제재의 근거로 사용할 수 없게 하는 등의 제도적 보완이 반드시 필요하다.

Copyright (c) The LawTimes All rights reserved.