

〈논문〉

기업 변호사의 문지기 책임에 관한 고찰*

金 廷 娟**

요 약

미국에서는 기업 변호사가 기업의 위법행위에 조력하거나 가담하여 문제가 된 사례가 여러 차례 발생하였다. 그 가운데 대표적인 것으로 1970년대 National Student Marketing 사 사건, 2001년의 엔론 사건, 2007년의 스톡옵션 부여일자 임의조정 사건 등을 꼽을 수 있다. 특히 2001년 미국 역사상 최대 규모의 엔론의 회계부정 사건이 발생한 이후, 미국에서는 변호사들이 기업의 비리와 부정을 저지하지 못하고 오히려 위법행위를 주도하기까지 하였다는 비판이 거세게 제기되었다. 그러한 반성적 고려에 따라 미 의회는 사베인스 옥슬리법 제307조를 제정하고 미국 증권거래위원회는 위 법조문의 위임에 따라 규칙 제205조를 제정하여 기업의 위법행위에 대한 변호사의 책임을 강화하려고 시도하였다.

이와 같이 기업의 위법행위가 발생할 경우, 그러한 위법행위를 저지시킬 수 있었던 전문가들, 즉 기업 변호사, 외부감사인 등과 같은 ‘문지기’들에 대하여 법적 책임을 묻는 이론적 근거가 된 논의가 바로 문지기 책임(gatekeeper liability)론이다. 문지기 책임론은 미국에서 1980년대 크라이크만 교수에 의해 정립되고, 2000년대 초반 커피 교수의 연구를 통하여 발전된 것으로서, “위법행위자들에 대한 협력을 거두는 데 실패한 문지기들에 대하여 민사적, 형사적 제재를 가하는 법적 체제를 구축하는 것”을 의미한다. 문지기로서의 책임을 부과하는 것은 기업의 위법행위를 억지하여 자본시장의 효율성 및 건전성을 구축하기 위한 유용한 수단이 될 것이다.

기업 변호사에 대해서 문지기 책임을 부과하는 데 대해서는 의뢰인의 ‘열성적 옹호자(zealous advocate)’ 상에 근거한 전통적인 변호사 윤리에 어긋난다는 내용의 반론이 제기되었다. 그러나 오늘날 기업 변호사의 업무 수행의 특성을 고려할 때 이와 같은 반론은 적절하지 않은 것으로 생각된다.

따라서 기업 변호사 역시 다른 전문가들과 마찬가지로 문지기 책임을 부담할 수 있다. 다만, 이들에게 법적 책임을 묻는다는 것은 윤리적 차원을 뛰어 넘어, 구체적인 제도를 디자인하고 현실에서 강제력 있는 집행을 도모한다는 차원의 문제라는 점에서 그 책임 부과 근거를 마련하되, 기업 변호사가 직무 수행상 부담하는 의무의 내용과

* 격려해주시고 지도해주신 박준 교수님께 특별히 감사드립니다.

** 서울대학교 법학대학원 석사과정.

한계를 적정하게 설정하여 효율적인 위법행위 억지 전략으로서 본래의 기능을 발휘할 수 있도록 주의를 기울여야 할 것이다.

우리나라에서도 최근 들어 변호사가 의뢰인 기업의 위법행위에 조력하거나 가담하는 사례가 발생하고 있는바, 기업 변호사의 직무 수행에서 기대되는 기업의 위법행위 억지 기능에 대한 논의가 필요한 시점이다. 또 준법지원인 제도가 2012년부터 시행될 예정이므로 기업 내부에서 직무를 수행하는 변호사들의 행위 준칙을 마련하는 작업이 진행 중인 것으로 알려져 있다. 우리나라에서도 이 글에서 소개한 미국의 논의와 사례를 참고하여 변호사의 문지기 책임에 대한 입법론적, 해석론적 차원의 논의를 시작해 볼 수 있을 것이다.

주제어: 기업 변호사, 문지기 책임, 자본시장, 준법지원인, 엔론, 사베인스-옥슬리법

I. 서론

1. 미국에서 기업변호사¹⁾의 문지기 책임 논의의 전개

2001년 엔론 사건 이후, 미국에서는 기업의 비리와 부정에 가담하는 변호사에 대한 책임론이 대두하였다. 미국 의회는 유사한 사건의 재발을 방지하기 위하여 기업의 위법행위의 증거를 발견한 변호사에게 기업 내 상부 조직에 보고할 의무를 부과하는 사베인스 옥슬리법(Sarbanes-Oxley Act)²⁾ 제307조를 제정하였다. 그 이후에도 2007년 다수의 사내 법무책임자들이 스톡옵션 부여일자 임의조정 관련사건³⁾에 연루되는 등 변호사들이 기업의 위법행위에 협조하거나 스스로 위법행위의 주체가 되는 사건이 발생하고 있어, 최근까지 기업 변호사에 대한 법적 의무를 강화하기 위한 시도가 계속되고 있다.⁴⁾

1) 김건식, “기업변호사의 역할과 윤리” 서울대학교 법과대학 편, **법률가의 윤리와 책임** (박영사, 2003), 273쪽은 ‘기업변호사’라는 용어를 사내 변호사와 (기업 외부에서 자문을 제공하는) 로펌 변호사를 아우르는 개념으로 사용하고 있다.

2) 정식 명칭은 ‘주식회사의 회계제도 개혁과 투자자 보호를 위한 법률(Public Company Accounting Reform and Investor Protection Act)’이다. 동 법 내용에 대한 전반적 소개로는, 백정웅, “사베인스-옥슬리 법의 비판적 고찰”, **상사판례연구** 제15권(2003), 743-808쪽, 우리 실정법에 대한 영향을 소개한 글로는 고창현·김연미, “기업회계 관련법의 분석과 평가” **BFL** 제4호(2004.3), 41-52쪽.

3) 본문 III.3 참조.

4) 대표적인 예로는 2009년 6월 30일 미 상원에서 알렌 스펙터(Arlen Specter) 의원이 로

이와 같이 의뢰인 기업의 위법행위에 조력한 변호사에 대하여 책임을 묻는 데 있어 이론적 근거가 된 논의가 바로 ‘문지기 책임(gatekeeper liability)’ 이론이다.⁵⁾ 문지기란 거래의 직접 당사자인 기업이 위법행위를 하지 못하도록 저지할 수 있는 의사와 능력을 지닌 기업조직 외부의 제3자로서, 외부감사인, 증권분석가, 변호사, 신용평가회사 등을 가리킨다.⁶⁾ 문지기들은 그 직무윤리⁷⁾상 객관적 평가 및 정확한 정보의 전달 등을 필수적 요소로 하는 전문직 종사자들로서, 시장에서 구축해 온 평판 자본을 기초로 계속 활동하기 위해서 기업의 위법 행위를 억지하고 예방할 유인이 크다. 따라서 이들에게 문지기로서의 책임을 부과하는 것은 시장의 효율성 및 건전성을 위한 유용한 수단이 될 수 있다.

변호사에게 문지기로서의 책임을 부과하는 데는 상당한 반론이 존재해 왔다. 전통적으로 변호사는 의뢰인의 열성적 옹호자(zealous advocate)로서, 의뢰인에 대한 비밀유지 의무와 충실의무를 직업윤리의 핵심 요소⁸⁾로 삼아 왔기 때문에, 문지기 책임을 부과할 경우 의뢰인에 대한 직무상 의무들에 배치되는 행위를 강제하게 될

범을 포함한 전문가 집단에 대하여 증권법상 사기 행위의 교사 및 방조(aid and abet) 책임을 부정한 미 대법원의 “Central Bank of Denver” 판결(Central Bank of Denver N. A. v. First Interstate Bank of Denver, N. A. 511 U. S. 164, 191)의 법리를 실질적으로 제한하는 내용의 법안을 제출한 바 있다. Sung-Hui Kim, “Lawyer Exceptionalism”, 63 *SMU Law Review* 85(2010), p.93. [이하 “Kim(2010)”].

- 5) ‘gatekeeper’라는 단어를 번역함에 있어 이 글에서는 ‘문(gate)’과 ‘지키기(keeping)’라는 단어 각각이 내포하고 있는 의미를 살리기 위해서 ‘문지기’라는 용어를 사용하였다. 구체적 의미에 관하여는 아래 II.1.에서 보다 상세히 논의한다. ‘시장 감시자’라는 용어를 사용한 문헌으로는 백승재, “자본시장법 도입에 따른 기업감시자책임(Gatekeeper liability)에 대한 고찰”, *증권법연구* 제11권 제3호(2010), 115쪽; 오성근, “미국의 회계(제도) 개혁법상 증권변호사에 대한 규제와 시사점” *인권과 정의* 제381권(2008), 88쪽, 영문 발음대로 ‘게이트키퍼’라는 용어를 사용한 문헌으로는 안태준, “주식회사 외부감사인의 제3자에 대한 손해배상책임의 제한에 관한 연구”, *서울대학교 석사학위논문*(2003), ‘문지기’라는 용어를 사용한 문헌으로는 박준, “서브프라임 대출관련 금융위기의 원인과 금융법의 새로운 방향 모색” *국제거래법연구* 제17집 제2호(2008), 43쪽; 박준, “우리나라 상사법 교육의 방향과 과제”, *상사법연구* 제30권 제1호(2011); 이상수, “미국 법규상 기업 내 위법행위와 기업변호사 윤리 그리고 그 함의”, *서울대학교 법학* 제49권 제4호(2008), 627쪽 [이하 “이상수(2008)”]; 송옥렬, *상법강의* (홍문사, 2011) 976쪽.
- 6) John C. Coffee Jr., “The Attorney As Gatekeeper: An Agenda for the SEC” 103 *Columbia Law Review* 1293(2003), pp.1296-7 [이하 “Coffee(2003)”].
- 7) 개인에게 요구되는 도덕적 기준이 아니라, 전문직 종사자의 업무수행에 필수적으로 요구되는 행위의 준칙을 의미한다.
- 8) 본문 II. 2. (2).

수 있다는 논의이다. 그러나 변호사가 의뢰인의 열렬한 옹호자라는 모델은 전통적인 송무변호사(litigator)를 중심으로 구축되어 온 것으로서, 소송대리 이외의 법률 서비스 제공이 증가함에 따라 반론의 설득력이 약화되었고 기업 변호사들에게도 문지기로서 역할 수행을 기대할 수 있게 되었다.

2. 우리나라에서 기업 변호사의 문지기 책임 논의의 필요성

우리나라에서도 기업 변호사의 문지기 책임론을 적극적으로 논의해야 할 배경에는 다음과 같은 요인들이 존재한다. 우선, 법률 시장에서 기업에 대한 법적 조원을 제공하는 업무의 비중이 증대하였다. 최근 수년간 변호사의 수가 급증하였고,⁹⁾ 대형로펌의 규모가 급성장 하였으며,¹⁰⁾ 사내 변호사의 숫자도 크게 늘어나는 등¹¹⁾ 법률 서비스 환경이 커다란 변화를 겪고 있다. 또, 올해 7월 1일부터 법률 시장이 개방되었으며, 내년부터는 법학전문대학원 출신 변호사들이 법률 시장에 배출될 것이므로 기업 법무의 다양한 영역에 종사하는 변호사의 숫자는 더욱 늘어날 전망이다. 또 우리나라에서도 기업 변호사가 문지기 역할을 제대로 수행하지 못하고 위법행위에 조력, 가담하는 사례가 계속 발생하고 있다.¹²⁾

9) 대한변호사협회의 통계에 따르면 개업변호사의 수는 1954년 280명에서 2010년 현재 10,312명으로 증가하였다. 특히 1990년 이후 지난 20년간 변호사 수의 증가 폭은 매우 현격하였다. 1990년 1,983명이던 개업변호사 숫자는 1995년 3,078명으로, 2,000년에는 4,228명으로, 2005년에는 6,997명으로 증가하였고, 지난 5년간 그 증가폭은 더욱 확대되었다. 2,020년 이후에는 개업변호사의 수가 20,000명을 넘을 것으로 예상된다. 대한변호사협회, **한국변호사백서 2010**, 6쪽.

10) 상계백서, 33쪽.

11) 상계백서, 93쪽에 따르면, 2010. 4. 현재 269개사에 609명의 사내 변호사가 근무하고 있다. 또, 2011년 1월 사내변호사들의 처우 개선을 위한 변호사 임의단체로서 ‘한국사내변호사연합’이 출범하였고, 600명의 사내변호사가 위 조직에 가입하였다는 보도 내용에 따르면, 우리 법률시장에서 사내 변호사도 직무수행 모델의 한 유형으로서 자리 잡아가고 있음을 알 수 있다. 인터넷 법률신문, 2011. 4. 7자(<http://www.lawtimes.co.kr/LawNews/News/NewsContents.aspx?serial=57005&kind=>).

12) 언론을 통해 보도된 사례로는, 회사의 고문변호사로 일하면서 미공개내부정보를 이용한 거래를 한 변호사가 기소된 사례(내일신문, 2007.3.6.), 분식회계 사건과 재개발 재건축과정에서 변호사가 불법적인 법률자문을 해 주어 불구속 기소된 사례(중앙일보 2010.2.28.), 그리고 경남은행으로부터 400억원 허위대출에 M&A 전문 변호사가 관여하였다는 사례(매일경제신문 2010. 12. 22) 등이 있다. 이 사례들은 모두 박준, 전계논문(주 5, 2011), 33쪽에 소개된 것이다. 또 법원의 판단이 이루어진 사건으로는, 국내 유명 보험회사 법무실의 상근 변호사로 근무하던 원고가 금융감독원의 정기감사 과정에서 해당 업무 파트 직원들에게 자료 제출 거부를 강요하고, 자료 제출을 요구하는 검

더군다나, 2012년 4월 15일 시행 예정인 개정 상법¹³⁾에 따르면, 일정 규모 이상의 상장회사는 법률전문가를 준법지원인으로 두게 되어 있으므로, 이들에 대한 구체적인 행위 준칙이 시급하게 마련되어야 할 상황이다. 우리나라에서도 문지기 책임론의 관점에서 기업 변호사에게 부과되는 의무의 내용과 책임 범위에 대한 논의를 시작해 볼 필요가 있다.

3. 논의의 범위

이 글에서 변호사의 문지기 책임이라는 용어를 “문지기로서의 의무를 위반한 자들에 대한 민사적, 행정적, 필요할 경우에는 형사적 제재로서의 법적 책임”을 의미하는 것으로 사용하고 주로 민사적 책임과 보고의무에 한정하여 논의를 진행하고자 한다.¹⁴⁾ 아래 II.와 III.에서는 미국의 기업 변호사의 문지기 책임 관련 이론과 실제 사례를 살펴볼 것이다. IV.에서는 변호사가 부담하는 문지기 책임의 범위와 한계에 관하여 미국에서의 논의를 중심으로 하되, 우리나라에서 기업 변호사에게 문지기 책임을 부과하는 경우 논의될 수 있는 쟁점에 관하여 검토해 보고자 한다.

II. 기업 변호사의 문지기 책임에 관한 이론

1. 문지기 책임론의 개요

(1) 문지기 책임론의 정립

오늘날 기업 활동과 관련하여 다루어지는 문지기 책임론은 모두 1980년대 레이

사원들에 대하여 폭언을 행하였다는 이유로 금융감독원으로부터 징계 요구를 받게 되어, 행정법원에 동 징계조치요구 처분의 취소를 구한 사례가 존재한다(서울행정법원 2010. 10. 21. 선고 2010구합22993 판결). 박준, **판례 법조윤리** (소화, 2011), 210-211쪽.

¹³⁾ 2011. 4. 14. 개정 상법 제 542조의13.

¹⁴⁾ 이 글의 논의는 의뢰인 기업이 위법행위를 행하는 상황에 한정된다. 따라서 비록 적법하지만 비윤리적인 것으로 평가될 수 있는 기업의 활동에 조력하는 변호사의 행위는 이 글에서 논의하는 문지기 책임의 부과 대상에서 제외될 수 있다. 변호사는 사법제도의 구성원이자 공익의 수호자로서 공공의 이익을 우선적으로 고려해야 할 의무를 부담하기 때문에, 의뢰인의 합법적이지만 윤리적으로 비난가능한 행위에 조력하는 것은 변호사 직업윤리에 위배된 것이라고 비판할 수 있으나, 이 글에서는 다루지 않기로 한다. 변호사는 ‘사법제도의 수호자’로서 공공의 이익을 고려한 직무 수행 활동을 하여야 한다는 논의로는, Deborah L. Rhode, “Moral Counseling”, 75 *Fordham Law Review* 1317(2006).

니어 크라이크만 교수와 로날드 길슨의 연구 패러다임에 그 기원을 두고 있다.¹⁵⁾¹⁶⁾ 크라이크만 교수는 문지기 책임이란 “위법행위자들에 대한 협력을 거부함으로써, 위법행위를 사전에 저지할 능력이 있는 사적 주체들”에게 부과되는 책임이라고 정의한 바 있다.¹⁷⁾ 길슨 교수에 따르면, ‘문’이란 “위법행위자가 자신의 목표를 달성하기 위하여 필요로 하는 서비스”¹⁸⁾를 의미한다. 이는 기업이 적법한 거래를 행하기 위하여 통과해야 할 관문이라는 뜻을 내포한다. 또, ‘지킨다’는 행위는 위법행위를 사전에 감지하여 회피하는 것을 의미한다.

이러한 문지기 집단에 속하는 직역으로서는, 증권 거래를 종결시키기 위하여 요구되는 감사보고서나 법률의견서를 제공하는 외부감사인이나 변호사 등이 거론된다.¹⁹⁾ 이들에게 문지기 책임을 부과한다는 것은 위법행위자들에 대한 협력을 거부하지 않은 문지기들에 대하여 민사적, 형사적, 행정적 제재를 가하는 법적 체제를 구축하는 것을 의미한다.²⁰⁾

문지기 책임론은 위법행위자를 직접 감시하고 제재하는 것보다는 비용과 효과의 측면에서 더욱 효율적인 법집행 전략(law enforcement strategy)이다.²¹⁾²²⁾ 정부가 모든 기업 활동의 적법성을 사전에 감시하고 일일이 제재하기에는 규제 비용이 지나치게 많이 소요될 것이다. 또한, 아무리 기업의 위법행위로 인한 피해가 막대하다고 할지라도 민·형사상 제재에는 일정한 한계가 있기 때문에, 경영진으로서는 이러한 한계와 위법행위로 획득할 수 있는 이득을 비교하여, 이득이 더 클 경우에는 위법행위를 감행할 유인이 존재한다. 반면, 문지기들은 전문가로서 위법행위를 사전에 감지할 능력이 있고, 이들이 조력을 거부(withdraw)하면 기업이 원하는 거

15) Peter B. Oh, “Gatekeeping”, 29 *Journal of Corporation Law* 735(2004), p.740.

16) 오늘날 ‘문지기 역할(gatekeeping)’이라는 단어는 언론학, 경제학, 교육학, 정치학, 심리학 등 여러 분과 학문에 걸쳐 널리 사용되는 메타포이며, 법적 문제와 관련하여서도 형사 절차, 지적 재산권, 국제 문제, 증권 규제, 세무 정책, 소송 전략 등 다양한 분야에서 마주치게 된다. Ibid, pp.736-7.

17) Reinier H. Kraakman, “Gatekeepers; The Anatomy of a Third-Party Enforcement Strategy” 2 *Journal of Law, Economics & Organization* 53(1986), p.53.

18) Ronald J. Gilson, “The Devolution of the Legal Profession: A Demand Side Perspective” 49 *Maryland Law Review* 869(1990), p.833; Ibid, p.54.

19) Ibid, p.54.

20) Ibid, p.54.

21) Ibid, pp.56-60.

22) 문지기 책임의 이론적 근거에 관하여 소개하고 있는 국내 문헌으로는 안태준, 전계논문(주 5), 31-62쪽.

래를 성사시킬 수가 없기 때문에, 낮은 비용으로 직접적인 위법행위 억제 효과를 달성할 수 있다는 장점을 지니고 있다.

(2) 엔론 사건 이후 문지기 책임론의 발전

2001년 12월 미국의 7대 기업에 속하던 에너지 기업 엔론의 파산 신청과 2002년 7월 대형 IT 통신회사 월드컴의 파산 신청은 미국 역사상 최대 규모의 것으로서, 기업 내부통제 시스템 및 외부 감시 체제가 완전히 붕괴하였음을 보여주는 사건이었다. 커피 교수는 엔론 사건이야말로 문지기 책임의 실패를 보여주는 사례(demonstration of gatekeeper failure)²³⁾라고 규정하였다. 외부감사인, 증권분석가, 신용평가사 등 그 어떤 감시자(watchdog)도 파국이 올 때까지 위법행위를 감지하고, 방지해야 할 자신의 의무를 다하지 못하였다는 것이다.²⁴⁾

커피 교수는 이러한 문제의식을 바탕으로, 문지기 책임의 내용을 발전시켜서 각 직종별로 요구되는 문지기 책임의 내용을 구체화하였다.²⁵⁾ 커피 교수는 크라야크만 교수 등의 정의에 덧붙여 문지기는 반복적 행위자(repeat player)로서 오랜 기간 다수의 의뢰인들을 상대로 구축해 온 평판 자본(reputational capital)을 기초로, 기업이 투자자들에게 보내는 시그널(signal)의 품질(quality)을 보장하는 평판 중개인(reputational intermediaries)이라고 정의한다.²⁶⁾²⁷⁾ 따라서, 문지기들은 어느 한 의뢰인으로부터의 수익 때문에, 자신이 오랜 기간 쌓아온 평판 자본을 쉽게 희생하지는 않을 것이므로, 투자자들에 대하여 거짓된 정보가 전달되게 하는 등 위법행위에 조력할 유인이 거의 없다.²⁸⁾ 이러한 견해에 따르면 투자은행, 증권분석가, 신용평가사 등도 투자자들에게 기업이 제공하는 정보의 진실성과 정확성을 보장함으로써 문지기로서의 역할을 수행할 수 있게 되므로, 문지기의 외연이 넓어지게 된다.²⁹⁾

23) John C. Coffee Jr., "Understanding Enron; 'It's about the Gatekeepers, Stupid'" 57 *Business Lawyers* 1403(2002), pp.1404-6 [이하 "Coffee(2002)"].

24) *Ibid*, p.1409.

25) John C. Coffee Jr., *Gatekeepers: the Profession and Corporate Governance* (Oxford University Press, 2006) [이하 "Coffee(2006)"].

26) *Ibid*, p.2.

27) 평판 중개인으로서의 역할과 문지기로서의 역할은 엄연히 구분되는 것으로서, 둘을 혼동하지 말아야 한다는 비판이 존재한다. Oh, *supra* note 15, pp.746-55; Frank Partnoy, "Barbarians at the Gatekeepers? : A Proposal for A Modified Strict Liability Regime", 79 *Washington University Law Quarterly* 498(2001).

28) Coffee(2003), *supra* note 6, pp.1297-8.

29) 최근 활발한 연구로는, Sung-hui Kim, "The Banality of Fraud: Re-situating the Inside

(3) 법적 책임으로서의 문지기 책임의 특징

이러한 견해를 기초로 문지기 책임의 특징을 다음과 같이 요약해 볼 수 있다.

첫째, 문지기 책임은 윤리적인 책임을 넘어서는 법적 책임이다. 따라서 그 의무를 다하지 못한 문지기로서는 민사상의 손해배상이나 행정 당국으로부터의 제재를 감수해야 하며, 또한 그러한 행위가 형사법상의 구성요건을 충족시킬 경우에는 형사처벌까지도 부담하게 된다.

둘째, 문지기의 가장 기본적인 의무는 위법행위자에 대한 조력을 중단하는 것이다. 엔론 사건이 발생한 이후에는 이러한 기본적인 의무만으로는 기업의 위법행위를 저지하기에 불충분하다는 반성적 고려 하에 추가적인 의무, 즉 위법행위를 예방하기 위한 적극적인 의무를 부담시켜야 한다는 논의가 진행되어 왔다.

셋째, 문지기 책임의 상대방은 기업의 위법행위로 인해 손해를 본 자들이 될 수 있다. 가장 대표적인 예로서는 기업의 부실 공시 내용을 신뢰하였다가 손해를 본 투자자를 꼽을 수 있다. 이는 위법행위자와 거래한 직접 상대방에 한정되지는 않는다. 위법 행위자가 ‘문’을 통과하게 된다면 시장질서를 교란하게 되고, 시장에 대한 투자자 전체의 신뢰를 해할 수 있기 때문이다. 문지기가 의무를 다하지 못하여 이러한 상황이 발생한 경우는 증권거래위원회(U. S. Securities and Exchange Commission, 이하 “SEC”)³⁰⁾나 검찰과 같은 행정당국³¹⁾이 나서서 문지기에 대한 (금전적 제재를 포함한) 행정적, 형사적 책임을 묻게 될 것이다.

넷째, 범집행전략으로서 문지기 책임을 부과하는 목적은 어디까지나 1차적 위법 행위자인 기업의 위법행위를 억제하고 예방하는 것이지 문지기 집단에 대한 규제를 강화하는 것은 아니다. 그러한 맥락에서 기업의 위법행위를 예방하기 위한 가장 효율적인 수준에서 문지기로서 부담해야 할 의무와 책임의 내용과 범위를 정해야 할 것이다.

Counsel as Gatekeeper”, 74 *Fordham Law Review* 983(2005) [이하 “Kim(2005)”]; “Gatekeepers Inside Out”, 21 *Georgetown Journal of Legal Ethics* 419 (2008) [이하 “Kim(2008)”]; “Naked Self-Interest? Why the Legal Profession Resists Gatekeeping”, 63 *Florida Law Review* 129(2011); Kim(2010), supra note 4.

30) SEC 스스로 ‘투자자 보호와 시장질서 확립’을 그 임무로 규정한다. “The mission of the U.S. Securities and Exchange Commission is to protect investors, maintain fair, orderly, and efficient markets, and facilitate capital formation.”(available at <http://www.sec.gov/about/whatwedo.shtml>).

31) Oh, supra note 15, p.755는 이처럼 SEC 등의 행정당국을 ‘public gatekeeper’라고 규정하고, 이들의 역할과 책임에 대해서도 중요하게 고려해야 한다고 주장한다.

2. 기업 변호사의 문지기 책임

(1) 문지기로서의 기업 변호사의 역할과 책임

변호사는 공인된 자격을 보유하고 활동하는 전문직 종사자로서 평판 자본을 구축하고 있을뿐더러, 의뢰인 기업이 필요로 하는 거래의 성사나 정부의 인허가를 얻기시킬 수 있는 지위에 있다. 커피 교수는 증권 관련 업무에 종사하는 변호사들을 중심으로 문지기 책임론을 전개하였으나,³²⁾ 기업이 위법행위를 하지 못하도록 예방하고 저지하는 문지기 본연의 역할은 기업 변호사 전체에 대해 기대될 수 있다.

변호사는 문지기로서 첫째, 기업 경영진으로부터의 독립성을 유지하고, 둘째, 전문성에 근거한 비판 정신을 가져야하며, 셋째 일반 투자자 집단에 대한 의무를 지고, 넷째, 다른 방법으로는 변호사의 엄결성(integrity)을 유지할 수 없다면 더 이상 의뢰인을 조력하지 않을 의무를 부담하도록 기대된다.³³⁾ 이러한 내용은 앞에서 살펴본 바와 같이 1) 위법행위를 예방하고 저지할 의사와 능력이라는 크라아크만 교수의 문지기론이나, 2) (평판 중개인으로서 개별 의뢰인과의 관계보다는) 일반투자자에 대한 고려를 중시하여야 한다는 커피 교수의 문지기론³⁴⁾에 그대로 부합한다.

이처럼 기업 변호사에게 문지기로서의 역할이 기대된다면, 의뢰인 기업의 위법행위에 대해 조력을 중단할 의무를 부과하고, 그러한 의무를 위반한 변호사에 대해서는 일정한 법적 책임을 묻도록 하여 기업의 위법행위를 억지하기 위한 제도를 충분히 강구해 볼 수 있을 것이다.

³²⁾ Coffee(2003), *supra* note 6, p.1298. 이러한 논의는 문지기 책임의 대상이 되는 변호사의 범위를 증권 관련 업무에 종사하는 변호사들로 한정하는 경향이 있다. 이러한 견해에 대한 비판으로는 아래 IV. 2. (1).

³³⁾ 커피 교수는 당시 SEC의 위원(Commissioner)이었던 A. A. Sommer, Jr.의 1974년 연설, “증권 변호사의 책임이 부각되고 있다.”의 일부를 소개하면서, 문지기로서의 변호사에게 기대되는 구체적인 직무 윤리의 내용 요소들을 제시한다.(A. A. Sommer, Jr., *The Emerging Responsibilities of the Securities Lawyer*, 1974. 1. 24. 뉴욕주 변호사회의 은행, 기업 및 상사법 분과에서의 연설, *Ibid.* p.1299에서 재인용). “변호사는 증권 관련 업무에 있어서 변호사라기보다는 외부감사인에 보다 가까운 방식으로 그 직무를 수행하여야 할 것이다. (...) 증권 변호사는 경영진에 대하여 (...) 어느 정도의 독립성(a measure of independence)을 유지하여야 한다. 그리고 증권 변호사는 그와 같은 전문적인 존재가 없었더라면 행해지지 않았을 증권 거래에 참여하는 일반 대중들에 대한 책무를 정확하게 인식하고 있어야 한다. (...) 또한 훌륭한 회계사의 태도와 같이 경영진이 제공하는 정보에 대하여 건전한 회의(healthy skepticism)를 품어야 할 것이다. 또 증권 변호사는 의뢰인이 그의 조언을 따르지 않을 경우(intransigent client) 사임하여야 한다.”

³⁴⁾ *Ibid.*, p.1299.

(2) 변호사 문지기 책임론에 대한 반론

변호사들에게 문지기 책임을 부과하기 위하여 구체적인 규범을 입안하거나, 관련 규범을 적극적으로 해석하고 적용하려는 시도는 전통적인 관점의 변호사 윤리에 기초한 변호사 단체의 집요한 반대에 부딪쳐 왔다.³⁵⁾ 반론을 간단히 요약하면 다음과 같다. 첫째, 변호사 직업의 가장 이상적인 모델³⁶⁾³⁷⁾은 의뢰인의 ‘열성적 옹호자(zealous advocate)’이다. 둘째, 열성적 옹호자의 역할을 제대로 수행하기 위해서 변호사는 의뢰인에 대하여 충실의무를 부담한다. 셋째, 변호사의 의뢰인에 대한 충실의무를 보장하기 위해서는 의뢰인이 변호사에게 털어놓는 비밀이 유지되어야 한다.

(가) 전통적인 변호사 윤리 : 열성적 옹호자 모델

열성적 옹호자 모델은 “국가의 억압에 의하여 생명과 자유의 심대한 위협에 처한 의뢰인을 보호하는 용맹스런 형사변호사”의 상을 기초로 형성되기 시작하였고, 점차 민사소송을 포함하는 송무변호사(litigator) 전체의 이상(理想)으로 자리 잡았

35) Susan Koniak 교수는 이러한 관점에 천착하여 변호사 윤리에 관한 연구를 축적해 왔다. Susan P. Koniak, “The Law Between the Bar and the State”, 70 *North Carolina Law Review* 1389(1992) [이하 “Koniak(1992)”]; “When Court Refuse to Frame the Law and Others Frame it”, 66 *Southern California Law Review*. 1019(1993); “Corporate Fraud: See, Lawyers”, 26 *Harvard Journal of Law and Public Policy*, 195(2003) [이하 “Koniak(2003a)”]; “When the Hurleyburley’s Done” 103 *Columbia Law Review* 1239 (2003) [이하 “Koniak(2003b)”]; Roger C. Cramton, George M. Cohen, Susan P. Koniak, “Legal and Ethical Duties of the Lawyers After Sarbanes-Oxley”, 49 *Villanova Law Review* 725(2004).

36) 변호사의 열성적 옹호자 모델은 1821년 영국에서 캐롤라인 여왕(Queen Caroline)의 간통 사건의 변호를 맡았던 브로엄 경(Lord Brougham)의 연설에서 가장 극적으로 제시되었다. “변호사는, 그 의무를 이행함에 있어서, 세상에서 단 하나의 사람밖에 알지 못하는데, 그는 바로 자신의 의뢰인이다. 모든 수단과 방책을 동원하여서라도, 또한 다른 사람들에게, 심지어 변호사 자기 자신에게 발생할 수 있는 어떠한 위험과 비용을 감수하더라도, 의뢰인을 수호하는 것이야 말로 변호사의 가장 우선되는 유일한 임무이다. 또 그러한 임무를 수행함에 있어서 변호사는 결코 타인에게 가해질 공포나 고통, 해악과 같은 것들을 고려해서는 안 될 것이다.” Thomas Ross, “Lawyers and Fraud: A Better Question”, 43 *Washburn Law Journal* 45(2003) pp.51-52.

37) ABA는 ‘피터 쟁거’ 사건을 이상적인 변호사 상을 잘 보여주는 사례로 꼽는다. 뉴욕의 신문 출판업자 존 피터 쟁거(John Peter Zenger)는 1735년 뉴욕주 식민 정부로부터 선동에 의한 명예훼손(seditious libel) 혐의로 기소되었다. 뉴욕 주지사가 지명한 판사는 쟁거의 첫 번째 변호사들의 변호사 자격을 박탈해 버렸다. 이에 펜실베이니아 주에서 활동하던 해밀턴 변호사가 쟁거의 변호에 나섰고 해밀턴 변호사는 쟁거가 발행한 신문 보도에 담긴 내용의 ‘진실성’을 강조함으로써 배심원들을 설득하여 무죄 평결을 이끌어 내는데 성공하였다. Koniak(1992), supra note 35, pp.1448-9.

다. 또, 변호사단체의 자치 규범에서도 열성적 옹호자 모델은 핵심적 규범으로 기능하고 있다. 미국 변호사협회(American Bar Association, 이하 “ABA”)는 1908년 채택한 변호사 윤리강령(Canons of Professional Ethics) 제7조에서 “변호사는 법이 허용하는 범위 내에서 의뢰인을 열성적으로(zealously) 대변하여야 한다.”고 규정하였고, 1983년 제정한 직무행위 표준규칙(ABA Model Rules of Professional Conduct) 전문에서도 “법이 허용하는 범위 내에서 의뢰인의 이익을 열성적으로(zealously) 보호하고 추구할”것을 규정함으로써 의뢰인을 열성적으로 옹호할 의무를 변호사 윤리의 기본적인 규범으로 정립하였다.³⁸⁾

(나) 열성적 옹호자 모델에서 바라본 문지기 책임

변호사가 의뢰인의 위법행위에 대한 조력을 중단해야 할 법적인 의무를 진다는 것은 전통적인 변호사 윤리에 반하는 것처럼 생각되기 쉽다. 첫째, 위법행위를 감시하기 위해서는 의뢰인의 열성적 옹호자가 아니라 ‘객관적인 평가(disinterested evaluation)자’가 되어야 하기 때문이다. 전통적 변호사 윤리를 강조하는 입장에서는 이러한 역할은 의뢰인에 대하여 ‘의문을 제기하고 전적으로 독립적인 역할(skeptical and utterly independent)’을 수행해야 하는 외부감사인들에게 기대되는 것으로서, 변호사와 의뢰인 간의 관계의 본질을 해치는 것이라고 주장한다.³⁹⁾ 변호사에게 통지 후 사임(noisy withdrawal) 의무를 부과하려는 SEC 규칙 초안에 대한 변호사 단체나 로펌들의 반대론을 보더라도, 이러한 규제가 변호사의 열성적 옹호자로서의 역할과는 배치되는 것이라는 내용이 매우 빈번하게 등장하고 있다.⁴⁰⁾⁴¹⁾

³⁸⁾ Christopher Whelan, “Some Realism About Professionalism: Core Values, Legality, and Corporate Law Practice”, 54 *Buffalo Law Review* 1067(2007), pp.1068-70.

³⁹⁾ Kim(2010), *supra* note 4, pp.107-9.

⁴⁰⁾ 뉴욕의 유수한 로펌 중의 하나인 설리번 앤 크롬웰(Sullivan & Cromwell)이 보낸 서한에 따르면, “의뢰인에 대하여, 그리고 공익을 위하여서도 변호사가 부담하는 제1의 의무(principal obligation)는 법이 허용하는 범위 내에서 의뢰인의 열성적 옹호자가 되는 것이다. 발행인들은 자신들이 [증권거래]위원회의 타겟이 되거나, 그러한 위협에 처하게 될 때 변호사가 [증권거래]위원회에 대하여 법이 허용하는 범위 내에서 열성적으로 자신들의 이익을 옹호해 줄 능력이 있는지에 관하여 관심을 갖게 마련이다.” Letters from Sullivan & Cromwell, “RE; Proposed Rules Relating to Implementation of Standards of Professional Conduct of Attorneys”, 2002. 2. 18. (available at <http://www.sec.gov/rules/proposed/s74502/sullivancl.htm>).

⁴¹⁾ ABA도 서한을 보내어 “변호사를 제3자에 대한 위협에 노출시키는 것은 오로지 의뢰인의 이익을 위하여 열성적으로 옹호해야 하는 변호사의 능력에 찬물을 끼얹는 효과(chilling effect)를 가져올 수 있다”면서 우려를 표명하였다. Letters from American Bar

둘째, 변호사에게 문지기 책임을 강제한다면 변호사는 의뢰인의 이익보다 제3자의 이익을 우선적으로 고려해야 하기 때문에 충실의무를 ‘충실하게’ 이행할 수 없게 되고, 의뢰인의 입장에서 변호사에게 더 이상 자신의 비밀을 털어 놓기 어렵게 되어 변호사의 비밀유지 의무는 허수아비가 되어 버릴 것이라는 반론이 제기되었다. 변호사의 비밀유지 의무는 변호사 집단적 정체성의 핵심을 이루는 규범으로서, 비밀유지 의무에 대한 위협은 변호사 제도 자체에 대한 위협으로 간주되어 왔다.⁴²⁾ 비밀유지 의무는 의뢰인과 변호사 사이의 원활한 정보의 소통을 위한 전제 조건을 마련함으로써 변호사로 하여금 의뢰인을 최대한 조력할 수 있도록 하는 것이었기 때문이다.⁴³⁾

이러한 반론에 근거하여 변호사에게 통지 후 사임의무 등을 부과한다면 변호사의 비밀유지 의무는 위협에 처하게 되고, 따라서 기업들이 변호사들과의 의사소통을 꺼리게 되므로 결국 기업 활동의 위법성을 방지하고자 하는 규칙 본연의 목표를 달성하는 데도 효과가 없다는 주장이 제기되었다.⁴⁴⁾ 결국 SEC는 ABA 및 로펌들의 저항에 부딪쳐 위 규칙 초안을 채택하는 데 실패하였다.⁴⁵⁾

(3) 반론에 대한 비판

(가) 법률 서비스 환경의 변화와 의뢰인의 열성적 옹호자 모델의 한계

의뢰인의 열성적 옹호자라는 변호사의 전통적이고 원형적 모델(prototype)은 기본적으로 소송 수행을 전문으로 하는 변호사들에게 적합한 것이다. 의뢰인의 열성

Association, “Re: File No. S7-45-02 Release Nos. 33-8150;34-46868; IC-25829 Implementation of Standards of Professional Conduct for Attorneys”. 2002. 2. 18.(available at <http://www.sec.gov/rules/proposed/s74502/apcarlton1.htm>).

42) 변호사의 비밀유지 의무는 ABA 변호사 윤리강령 제37조, ABA 직무책임준칙 제4강(canon 4), ABA 변호사직무행위 표준규칙 제1.6조에 규정되어 있어 가장 눈에 띄는 의무라고 하기 어렵지만, ABA는 비밀유지 의무의 예외사유를 엄격하게 인정함으로써 규범의 위상을 높였다. Koniak(1992), *supra* note 35, pp.1428-31; 예외 사유의 확대에 관하여는 아래 (3)(다) 참조.

43) 이상수, **법률가의 윤리와 책임**(서강대학교 출판부, 2009) [이하 “이상수(2009)”] 151쪽.

44) 설리번 앤드 크롬웰의 서한에도 변호사의 의뢰인에 대한 비밀유지 의무를 침해할 우려가 담겨있다. “통지 후 사임의무 규칙(안)은 기업 임직원들로 하여금 변호사들과 정보를 공유하고자 하는 의지를 꺾어내릴 것이다. 그 결과 그들의 의뢰인들이 법을 준수하도록 조력하는 변호사 임무 수행의 효율성에 지장을 초래할 것이다. (...) 의뢰인-변호사간의 의사소통에 관한 비밀유지 의무는 우리 법제도의 핵심적 기둥이라고 할 수 있다.” Sullivan & Cromwell, *supra* note 40.

45) 이상수(2008), 전제논문(주 5), 615-6쪽.

적 옹호자 모델을 각인시킨 브로엄 경의 연설은 1820년대에 행해진 것이고, ABA에서 열성적 옹호자 모델의 전범으로 받아들이고 있는 피터 쟁거 사건은 18세기 중반까지 거슬러 올라가는 것이었다.⁴⁶⁾

반면, 기업 변호사에게 기대되는 문지기로서의 역할 모델은 최근 수십년간의 법률 서비스 환경의 변화와 밀접하게 관련되어 있다. 미국에서 로펌의 대형화, 전문화 및 사내 변호사의 수적 증가와 같은 현상은 1970년대 이후에 출현하여 점차 심화되고 있다.⁴⁷⁾ 물론 “단독 개업변호사=송무변호사, 로펌 소속변호사=기업변호사”로 단순화시킬 수는 없겠지만, 이와 같은 변화는 더 이상 “의뢰인의 열성적 옹호자가 될 것”을 모든 변호사에게 최우선의 규범으로 부과하는 데 한계가 있다는 점을 잘 설명해준다.⁴⁸⁾

기업 변호사의 업무 가운데는 의뢰인이 제공한 정보를 객관적으로 평가하거나, 의뢰인이 수행하는 거래의 적법성을 확인하는 등의 업무가 상당 부분을 차지한다. 예를 들어 증권 공모(public offering) 업무를 수입하여 처리하는 기업변호사는 증권신고서에 기재된 내용의 정확성을 확인하기 위하여 상당한 주의를 기울인 실사(due diligence)를 하게 되는데, 이 때 변호사는 의뢰인인 발행인의 관점이 아닌 ‘합리적인 투자자’의 관점에서 의뢰인이 제시한 정보를 관찰하고 평가해야 할 것이다. 또 이러한 절차에서 변호사는 통상 “변호사는 증권신고서에 발행인에 의한 허위 기재 혹은 기재누락이 이루어 졌다는 것을 알지 못한다.”는 내용이 담긴 의견(negative

46) Kim(2010), *supra* note 4, pp.98-100은 송무변호사를 변호사의 원형적 모델로 인식하는 경향은 존 애덤스, 에이브러햄 링컨, 썬더볼트 마셜 등 법정에서 영웅적인 역할을 한 몇몇 변호사들의 활약상을 강조한 미국 역사 서술의 특징, 각종 드라마, 영화, 소설 등 대중문화의 영향, 송무변호사 모델을 기본으로 한 로스쿨에서의 법조 윤리 교육 등에서 비롯된 것으로 파악한다.

47) 1960년대에 민간 부문에서 활동하는 변호사 숫자는 206,000명이었으며, 그 가운데 64%가 단독 개업 변호사들이었다. 그에 비하여, 2000년에는 총 700,000명 가량의 변호사가 민간 부문에서 활동하고 있으며, 그 가운데 53%, 약 370,000명의 변호사가 로펌에 소속되어 있다. 또 1960년에는 38개의 로펌만이 50명 이상의 변호사를 고용하였고, 이러한 대형 소속 로펌 변호사 숫자는 수천명밖에 되지 않았으나, 2000년에는 100,000명을 넘어섰다. 또 1970년대에 들어 사내변호사의 숫자도 급격하게(40%) 증가하여, 2002년을 기준으로 등록 변호사의 10%에 가까운 65,000명의 사내변호사가 활동하고 있다. Coffee(2006), *supra* note 25, p.194.

48) 사이먼 교수는 엔론 스캔들 이후의 개혁시도에 대해 변호사 집단은 “전통적인 기준을 지키기 위하여 ‘(서부 개척시대와 같이)역사’ 마차를 돌려 벽을 치는(circle the wagons)’ 방식으로 대응해 왔다”고 지적하였다. William H. Simon, “After Confidentiality; Rethinking the Professional Responsibilities of the Business Lawyer”, 75 *Fordham Law Review* 1453 (2006).

assurance letter 또는 10b-5 opinion)을 증권 인수인에게 제공하는데, 그 의견을 제공하기 위해서는 의뢰인의 진술에 대한 객관적인 평가를 필요로 한다.⁴⁹⁾

보다 일반화 시켜 서술하자면, 의뢰인 기업이 경영상 판단에 의거하여 어떠한 거래를 수행하기에 앞서 그 거래의 적법성과 유효성에 관한 조언을 구하면, 각종의 법적 리스크를 객관적인 입장에서 검토하여 의견을 제시하는 것이 기업 변호사의 비분쟁적 법률 사무의 핵심적인 내용이라고 할 수 있겠다. 이러한 역할을 제대로 수행하기 위해서는, “타인에게 가해질 공포, 고통 및 해악 같은 것들은 고려하지 말고 오로지 의뢰인의 이익만을 옹호하는” 맹목적인 옹호자가 되어서는 오히려 곤란할 것이다. 그러한 까닭에 기업 변호사는 의뢰인의 행위의 위법성을 사전에 감시하여 위법한 행위가 문을 통과하지 못하도록 하는 문지기의 역할을 수행하기에 적합한 존재가 될 수 있다.⁵⁰⁾

(나) 의뢰인에 대한 충실의무와 문지기 책임

열성적 옹호자 모델의 지지자들은 문지기 책임 부과는 의뢰인 이외의 제3자, 즉 투자자 혹은 공익에 대한 고려를 강제하는 것이므로, 의뢰인에 대한 충실의무에 반한다고 주장한다. 그러나 이러한 주장은 기업 변호사의 진정한 의뢰인을 혼동한 데서 기인한 바가 크다. 왜냐하면, 기업 변호사의 의뢰인은 법적 실체로서의 ‘회사’이지 그 기업의 임직원들이 아니기 때문이다. 변호사들도, 법률 사무를 위임하고 보수를 지급하는 주체가 의뢰인 ‘회사’라는 점을 잘 알고 있지만 실제 연락을 취하고, 계약서에 서명을 하고, 보수를 지급하는 행동을 하는 자들은 그 임·직원들이기 때문에, 업무 수행상 때때로 혼란이 일어나기 쉽다.⁵¹⁾

기업이 부담할 법적 리스크에 대한 객관적 평가를 토대로 한 변호사의 조언에 따라 기업이 의도하는 경영상의 계획이 실행에 옮겨지지 못하게 되더라도 그것은 어디까지나 기업에게 이로운 결과이고, 변호사로서는 의뢰인에 대한 충실의무를 다 한 것이 된다. 오히려 기업 변호사가 단기적 수익이나 거래 실적에 따라 더 높은 보수를 지급 받게 될 임직원의 이익에는 부합하지만, 의뢰인 기업으로서 민·형사상 책임을 부담할 수 있는 행위를 하도록 조력한 경우야말로 의뢰인에 대한

49) Kim(2010), supra note 4, pp.24-5.

50) Mark A. Sargent, “Lawyers in the Perfect Storm”, 43 *Washburn Law Journal* 1(2003), p.18.

51) Kim(2010), supra note 4, p.112.

충실의무를 위반하게 되는 결과라고 평가될 수 있다.⁵²⁾ 이러한 의미에서 변호사의 문지기 책임론은 의뢰인에 대한 충실의무와 개념 본질적으로 배치되는 것이라고 보기는 어렵다.⁵³⁾

(다) 비밀유지 의무의 한계

의뢰인으로서의 변호사가 비밀을 청취한 다음 공익에 반한다거나 투자자의 이익에 반한다는 이유로 임무 수행을 중단하거나, 규제 기관에 보고할지도 모른다는 두려움이 존재한다면, 변호사와의 자유로운 의견 교환을 기대하기 어렵게 된다. 그러나 비밀유지 의무가 아무리 변호사 제도의 유지와 작동을 위한 핵심적 규범⁵⁴⁾이라고 할지라도, 이것은 어디까지나 수단적 개념으로서 적법성의 틀 내에서만 보장되어야 한다.⁵⁵⁾ 변호사가 위법행위에 조력하지 않고 임무 수행을 중단하는 데 그치는 경우에는 변호사의 비밀유지의무 준수의 문제가 발생하지 않는다. 뒤에서 논의하는 사베인즈 옥슬리법에 따른 SEC 규칙 제205조와 같이 기업 내의 상부 기관에게 보고할 의무를 부담한 경우에도 비밀유지의무 위반 문제가 발생하지 않는다. 변호사의 의뢰인은 기업 자체이기 때문이다. 비밀유지의무 위반의 문제는 변호사

52) 이런 결과가 발생한 경우 변호사에게 회사에 대한 충실의무 위반의 책임을 물을 수 있고, 영국의 법제도 하에서 그러한 방식이 제 3자가 변호사에게 직접 손해배상 책임을 묻는 협의의 문지기 책임 모델보다 더 효과적이라는 논의는 John Loughrey, *Corporate Lawyers and Corporate Governance* (Oxford University Press, 2011), pp.221-2.

53) 기업 변호사가 충실의무를 부담하는 상대방은 의뢰인 기업이고, 문지기로서의 의무를 부담하는 상대방은 주로 기업의 거래 상대방이나 기업의 투자자들이 될 것이다. 이러한 구도는 소송 변호사가 의뢰인에 대한 충실의무와 더불어 법원에 대해서 진실의무 등을 부담하는 것과 비교하여 볼 수 있다. 기업 변호사들로 하여금 의뢰인 기업의 위법행위에 조력하지 않을 의무를 부담케 하여 궁극적으로는 준법 경영을 제고하여 효율적이고 건전한 시장 질서를 도모하는 문지기 책임론은 소송 변호사가 법정에서 오로지 진실만이 유통되게 함으로써 사법제도의 신뢰를 구축하도록 진실의무를 부담하는 것에 상응한다고 볼 수 있다. ABA 표준 규칙 제3.3조 (a)항에 따르면, 변호사는 (1) 의뢰인이나 증인의 증언이 허위임을 알게 되었다면 이를 시정하기 위한 합리적인 조치를 취해야 하며, (2) 의뢰인의 이익에 반하는 것으로서 상대방에게 공개되지 않은 법률적 권한조차 법정에서 공개해야 하고, (3) 재판정에 대해 사실과 법에 대한 허위의 진술을 해서는 안 된다. 또 유럽 변호사 행위규범 4.4조에서도 변호사는 고의로 허위이거나 오도하는 정보를 법원에 제출해서는 안 된다고 규정하고 있다.

54) 코니악 교수는 변호사의 비밀유지 의무를 앞세우는 것은 제정 법률에 대한 자치 규범의 우위를 관철시키기 위한 변호사 단체의 의도와 밀접한 관련이 있다고 본다. Koniak(1992), *supra* note 35, pp.1427, 1454-5.

55) Coffee(2003), *supra* note 6, p.1307.

에게 의뢰인 이외의 다른 사람(예: 감독기관 또는 수사기관)에게 보고할 의무를 부과할 경우⁵⁶⁾에 야기될 수 있다.

변호사가 외부 기관에 대한 보고 의무를 부담한다면 직관적으로는 변호사와 의뢰인 사이의 의사소통에 사실상의 장애 요인이 되리라 짐작해 볼 수 있지만, 이러한 사실은 실증적으로 뒷받침된 것은 아니다.⁵⁷⁾ 오히려, 변호사와 의뢰인 사이의 의사소통에 특권적인 지위가 부여되는지에 따라 의뢰인이 변호사에 대하여 유지하는 솔직한 태도에 차이가 생긴다고 단정하기 어렵다거나,⁵⁸⁾ EU에서는 자금세탁과 관련하여 변호사의 보고의무를 도입하였음에도 변호사의 법률 서비스에 대한 수요에 별 영향이 없었다는 연구 결과가 존재한다.⁵⁹⁾ 커피 교수는 나아가 변호사의 보고 의무가 존재하기 때문에 사전적으로는 의뢰인 기업이 의도하는 행위의 적법성에 대해 확인을 받고자 변호사와의 의사소통을 강화하게 될 것이라 주장하였다.⁶⁰⁾

변호사 단체 스스로도 비밀유지 의무에는 일정한 한계가 있음을 인정하여 왔다. 다만, 이러한 의무가 변호사 제도의 존립과 유지를 위한 필수적인 전제라고 생각하여, 그 예외를 매우 좁은 범위 내에서만 허용하였다. ABA의 1969년 표준직무책임준칙(ABA Model Code of Professional Responsibility)과 1983년의 직무행위 표준규칙 제1.6조는 각각 ‘범죄예방’과 ‘임박한 사망이나 중상해’를 막기 위해서만 비밀공개를 허용하는 엄격한 입장이었다.⁶¹⁾ 그러나 ABA도 엔론 사건 이후의 부정적 여론에 굴복하지 않을 수 없었기에, 2003년 전담 작업반(ABA Task Force on Corporate Responsibility)을 만들어 위 표준규칙을 개정하였고, “법률서비스를 이용해 의뢰인이 범죄나 사기행위를 저지르려 하고 그 결과로 다른 사람이 상당한 재산상, 혹은 금전적 피해를 입을 것이 확실한 경우”에도 비밀 공개를 허용하기 시작하였다.⁶²⁾

56) SEC 규칙 205조 초안상 SEC에게 보고할 의무에 관하여는 아래 IV.2.(2) 참조.

57) Loughrey, *supra* note 52, pp.242-244.

58) Vincent C. Alexander, “The Corporate Attorney-Client Privilege: A Study of The Participants”, 63 *St. John's Law Review* 191 (1989), p.246.

59) Commission of the European Communities, “The application to the legal profession of Directive 91/308/EEC on the prevention of the use of the financial system for the purpose of money laundering” Commission Staff Working Document, SEC (2006) 1793 p.19. (available at http://ec.europa.eu/internal_market/company/docs/financial-crime/lawyers_en.pdf).

60) Coffee(2003), *supra* note 6, pp.1308-9.

61) 이상수(2008), *전계논문*(주 5), 617-8쪽.

62) 한인섭 · 한상희 · 김재원 · 이상수 · 김희수 · 김인회, **법조윤리** (박영사, 2010), 146-7쪽.

물론 그렇다고 해서 변호사에게 위법행위를 발견하자마자 외부에 그러한 사실을 알릴 법적인 의무를 부과하는 것이 바람직하다는 취지는 아니다. 일단 위법행위가 발생한 이후에는 변호사와 의뢰인 사이의 의사소통을 보호할 가치가 떨어진다거나,⁶³⁾ 오히려 규제나 처벌을 회피할 목적의 의사소통⁶⁴⁾은 억제되어야 한다⁶⁵⁾는 견해도 존재하지만, 위법행위에 대한 행정 제재 및 재판 절차에서 의뢰인의 방어권이나 변호사가 의뢰인을 조력할 권리가 보장되어야 한다는 점을 감안할 때 이러한 견해는 받아들이기 어렵다.⁶⁶⁾ 다만, 변호사의 비밀유지의무를 절대시하여 어떠한 상황에서도 변호사는 의뢰인 기업의 위법사실을 외부에 알릴 수 없다는 접근 방식은 지양하여야 할 것이다.

(4) 소결

기업 변호사에게 문지기로서의 역할을 기대하고, 그 의무를 위반하였을 경우 일정한 책임을 부과하는 것은 이론적으로나, 그 구체적인 임무 수행 양태와 관련하여서나, 혹은 변호사로서의 직무 수행의 기본이 되는 충실의무 및 비밀유지 의무와 관련하여 생각해 보더라도 결코 변호사의 직업 윤리에 반하는 행동을 강제하는 것이라고 보기는 어렵다. 나아가 변호사가 사회 전체에 대한 공익적인 책무를 부담한다는 점⁶⁷⁾을 함께 고려한다면, 기업 변호사에게 문지기 책임을 부과할 필요성과 타당성을 인정할 수 있다.

63) Coffee(2003), supra note 6, pp.1307-9.

64) 호주의 사례를 중심으로 기업 변호사에게 조력을 구하는 의뢰인 기업의 목적을 준법의 목적과 규제 회피 목적으로 나누어 실증적으로 연구한 문헌으로는 Christine E. Parker, Robert E. Rosen and Vibeke L. Nielson, "The Two Faces of Lawyers; Professional Ethics and Business Compliance With Regulation" 22 *Georgetown Journal of Legal Ethics* 201(2009), 기업의 법규범 준수(compliance)에 대한 변호사의 영향력에 관하여는 Robert W. Gordon, "A New Role For Lawyers? The Corporate Counselor After Enron", 35 *Connecticut Law Review* 1185 (2003), pp.1204-07.

65) Koniak(2003b), supra note 35, p.1253.

66) Loughrey, supra note 52, p.244.

67) 변호사에게 전문직으로서의 특권이 부여되는 만큼, 그에 상응하는 공익적 책임을 요구하는 것은 당연한 전제이다. 많은 나라에서 변호사의 사법제도의 수호자로서의 책무(ABA 직무행위 표준규칙 전문 (I)조), 법의 지배와 사법의 적정한 집행을 유지할 책무(영국 사무변호사 행위 규범 규칙 제1.01조), 변호사의 일반 대중에 대한 법적, 도덕적 의무(EU 변호사 행위 규범 전문 1.1조), 기본적 인권의 옹호와 사회 정의 실현의 사명(일본 변호사직무 기본 규칙 제1조) 등을 규정하고 있다.

III. 기업 변호사의 문지기 책임에 관한 사례의 분석

1. 엔론 사건 이전

엔론 사건 이전부터, 변호사가 의뢰인 기업의 위법행위에 협조하거나 가담하는 등 문지기로서의 역할을 제대로 수행하지 못하여 당국의 규제를 받거나, 사법적 판단의 대상이 되는 사건은 계속 발생하여 왔다. 증권발행시 증권신고서에 거짓 기재 또는 기재누락에 따른 증권법상의 책임과 주의의무의 정도에 대하여 판시한 *Escott v. BarChris Construction Corporation*⁶⁸⁾에서 발행회사의 사내변호사와 외부 변호사에 대하여 손해배상책임을 인정하였으나 이들은 모두 발행회사의 이사였고 책임도 이사의 지위에서 부과한 것이었다.⁶⁹⁾ 변호사의 지위에서의 책임을 묻은 가장 대표적인 케이스로는 1972년 SEC가 내셔널 스튜던트 마케팅 사의 인터스테이트 내셔널 사 합병과 관련하여 법률 자문을 제공하였던 두 대형 로펌과 세 명의 파트너 변호사들에 대하여 소송을 제기한 사례⁷⁰⁾와, 1979년 동 위원회 규칙 2(e)⁷¹⁾에 따라 뉴욕 대형 로펌의 파트너였던 윌리엄 카터(William Carter)와 찰스 존슨(Charles Johnson) 변호사에 대한 징계절차를 개시하였던 사례를 꼽을 수 있다.

(1) SEC v. National Student Marketing Corporation

1969년 내셔널 스튜던트 마케팅 사(National Student Marketing Corporation, NSMC)

⁶⁸⁾ 283 F. Supp. 643 (S.D.N.Y. 1968).

⁶⁹⁾ 동 판결에서는 사내변호사이자 이사인 Birnbaum은 자회사 설립에 관여하고 회사 및 자회사의 이사회이사록을 관리할 책임이 있었으므로 회사의 운영상태를 파악할 수 있었음에도 불구하고 증권신고서의 기재사항(회계감사인이 감사한 전문가담당부분 제외)의 정확성을 확인하는 합리적인 조사를 하지 않은 것으로 인정되었고, 외부변호사이자 이사인 Grant는 외부변호사로서 증권신고서를 작성하였으므로 이를 작성하지 않은 이사들에 비하여 더 높은 수준의 합리적인 조사가 요구된다고 판시하였고, 변호사로서 의뢰인의 진술 내용의 진위를 감사하여야 할 의무를 지는 것은 아니지만 쉽게 확인할 수 있는 사항은 확인할 의무를 진다고 보고 계약서 검토 소홀, 자회사와 집행위원회의 의사록 검토 소홀 등이 있어 증권신고서의 기재사항(전문가 담당부분 제외)에 대한 합리적인 조사를 하지 않은 것을 인정하였다. 박준, “상장법인의 투자자에 대한 손해배상책임과 기업의 대응방안 - *Escott v. BarChris Construction Corporation*을 중심으로”, **상장협** (상장회사협의회 1992 추계호), 91-93쪽.

⁷⁰⁾ SEC v. National Student Marketing Corp., 457 F. Supp. 682.

⁷¹⁾ 현재 SEC 규칙 102(e) ‘업무수행 준칙(Rules of Practice)’에 해당한다. Securities Act Rule 102(e) 17 C.F.R. §201.102(e) Suspension and disbarment (4-1-2011 Edition).

는 보험 지주회사인 인터스테이트 내셔널 사(Interstate National Corporation, INC)를 합병하였다. 두 회사와 이들을 법적으로 조력한 변호사들은 NSMC의 중간 재무제표가 회사의 정확한 재무상태를 반영하지 못하고 있음을 알고 있었다. 재무제표에는 70만불의 순이익이 기재되어 있었으나, NSMC는 실제 8만불의 적자를 기록하고 있었던 것이다. INC의 주주들은 이러한 중요한 사실을 모르고 합병을 승인하였으므로, 이는 미 연방 증권거래법의 사기 금지 조항을 위반하는 것이었다. 그럼에도 불구하고, 변호사들은 “관련 법을 준수한”⁷²⁾ 거래라는 법률 의견을 제시하였고, 그 이후 합병은 종료되었다. 합병 후 수 개월 내에 NSMC는 재무적 파탄 상태에 처하게 되었다.⁷³⁾

SEC는 관련 로펌과 담당 변호사들에 대하여 증권 사기를 방조하였다는 이유로 민사 제재금 소송(civil law enforcement action)을 제기하였다. 위원회는 “변호사가 의뢰인의 증권사기를 알게 될 경우 의뢰인에게 거래를 중지하거나 사기적 요소를 교정하도록 요청하여야 하며, 의뢰인이 이러한 요청을 받아들이지 않을 경우에는 즉각 사임하고 사기적 거래를 SEC에게 알릴 의무가 있다”⁷⁴⁾고 주장하였다. 이 사례는 SEC가 외부 로펌 변호사에 대하여 소를 제기하였던 최초의 사례⁷⁵⁾로서 미국 법조계에 커다란 충격을 주었다. NSMC와 그 자문 변호사들은 SEC와 화해가 성립하였기에, 연방지방법원의 판결에서는 보다 소극적으로 가담하였던 INC의 자문 로펌에 대하여만 판시하였다.⁷⁶⁾

법원은, 변호사는 의뢰인들에 대하여 (사기적) 거래를 중단하도록 명시적으로 조언하여야(required to speak out) 하며,⁷⁷⁾ 변호사의 침묵은 거래의 종료가 합법적으로 이루어진 것과 같은 외관을 부여하기 때문에, 피고 변호사들의 행위가 증권사기의 교사, 방조에 해당한다고 인정하였다. 그러나 피고들이 “변호사들이자 사법제도의 구성원들로서(attorneys and officers of the Court), 장래에 직무수행의 적법성을 보장하기 위한 적절한 조치를 취할 것”⁷⁸⁾이라고 하면서 위원회의 금지명령 청

72) 원문은 다음과 같다 “transactions in the connection with the merger had been duly and validly taken, to the best knowledge of counsel, in full compliance with applicable law” (SEC v. National Student Marketing Corp., 457 F. Supp. 682 p.690).

73) Ross, supra note 36, p.57.

74) SEC v. Nat'l Student Mktg. Corp., [1971-1972 Transfer Binder] CCH Fed. Sec. L. Rep. ¶ 93,360 (D.D.C complaint filed Feb. 3, 1972).

75) Kim(2010), supra note 4, p.80.

76) Ibid, p. 81, Ross, supra note 36, p.57.

77) SEC v. National Student Marketing Corp., 457 F. Supp. 682, p.713.

구(injunctive relief)는 기각하였다.

(2) In re Carter

1979년 SEC 집행국(enforcement division)은 뉴욕 소재 로펌의 파트너 윌리엄 카터(William Carter)와 찰스 존슨(Charles Johnson) 변호사를 대상으로 징계절차를 개시하였다. National Telecom Company의 법률사무를 수입한 카터변호사와 존슨 변호사는 최고 경영자(CEO)가, 회사가 도산 위기에 처했다는 사실을 포함한 중요 사항을 누락한 재무보고서를 발간하려는 사실을 알고, 최고경영자에게 보고서를 정정하도록 몇 차례 권고하였지만, 최고경영자는 변호사들의 권고를 무시하였다. 변호사들은 이사회에 이와 같은 사정을 알리지는 않았으며, 최고경영자가 허위의 보고서를 작성하고, 그와 같은 보고서를 SEC에 신고하는 것을 결과적으로 묵인하였다. 그 결과 투자자들은 National Telecom Company가 파산 신청을 할 때까지 회사의 재무 상태를 제대로 파악하지 못하였다.⁷⁹⁾

존슨변호사와 카터 변호사는 비윤리적으로 또는 부적절하게 직무를 수행하였으며, SEC 규칙 제102조 (e)항⁸⁰⁾에 따라 연방 증권법 위반을 고의적으로 교사 및 방조하였다는 혐의로 SEC의 징계 대상이 되었다. 변호사가 사기에 대하여 별다른 조치를 취하지 않았고(passivity in the face of fraud), 적극적인 예방조치를 취하거나, 의뢰인의 위법 사실을 당국에 알리지(blow the whistle) 않았다는 점이 특히 문제가 되었다.⁸¹⁾ 행정판사(Administrative Law Judge)는 변호사들의 책임을 인정하였고, 카터 변호사에게는 1년간, 존슨 변호사에게는 9개월간 SEC의 업무 관여 금지를 명하였다.⁸²⁾ 변호사들은 위 업무 관여 금지 명령에 대하여 이의를 제기하였고, 이에 SEC는 재심절차를 통하여 결국 행정판사들의 결정을 번복하였다.

이 사건은 SEC의 징계 결정 → 행정판사의 업무 관여 금지 명령 → 변호사들의 이의 제기 → SEC의 재심에 의한 업무 관여 금지 명령 취소라는 복잡한 양상으로 전개되었는데, 결국 의뢰인 기업의 위법행위 방지를 위하여 변호사에게 어떠한 수

78) Ibid, p.717; 피고 변호사들의 소속 로펌 LLB가 같은 해 또다시 증권법 위반을 이유로 기소되어 2,400만불의 합의금을 지불하였다는 이유로 이 판결을 비판하는 견해로는 Koniak(1992), supra note 35, pp.1467-8.

79) Kim(2010), supra note 4, p.84.

80) 17 C.F.R. §201.102(e) (4-1-2011 Edition) supra note 71.

81) Coffee(2006), supra note 25, p.211.

82) Kim(2010), supra note 4, p.84.

준의 의무를 부과시킬 것인지가 핵심 쟁점이 되었다. 징계를 결정한 SEC 집행국과 행정판사는 변호사들이 적극적인 조치를 취하지 않았다는 사실만을 문제 삼았으나, SEC 위원들(Commissioners)에 의한 재심절차에서는 변호사가 직무수행 기준을 위반한 것으로 인정되기 위해서는 “의뢰인이 실질적이고 계속적으로 공시 요건을 준수하지 않을 것”, “변호사가 (위법상태를 종식시키지 않고) 지속적으로 가담할 것” 등의 여러 요건을 충족시켜야 한다고 본 것이었다.⁸³⁾

2. 엔론 사건에서의 변호사 책임

엔론 사건은 사내 변호사와 기업 외부에서 자문을 제공하는 로펌의 변호사들 모두 문지기로서의 역할을 전혀 수행하지 못하였음을 극적으로 보여주는 사례이다. 엔론은 최대 250명 이상의 사내 변호사를 두고 있었으나,⁸⁴⁾ 사내 변호사들의 대부분은 회사 내에서 탈법행위가 이루어진다는 사실조차 인지하지 못하고 있었으며, 법무책임자(General Counsel)였던 제임스 데릭(James Derrick) 변호사 역시 문제의 사실관계 및 관련 법률에 대해서 제대로 파악하지도 못하였고, 이사회에 이러한 문제를 보고하지도 않았다.⁸⁵⁾ 오히려 일부 사내 변호사들은 엔론의 재무책임자 앤드류 패스토우(Andrew Fastow)의 회계 부정행위에 적극적으로 가담하고 그 대가로 개인적인 이득을 챙긴 것으로 알려졌다.⁸⁶⁾ 또한 엔론사의 주요 외부법률고문이었던 텍사스 소재 대형 로펌 빈슨 앤 엘킨스(Vinson & Elkins)는 엔론사의 경영진이 설

83) SEC가 이와 같이 엄격한 요건 하에 변호사의 책임을 인정하는 입장을 취하게 된 것은 변호사에 대한 당국의 규제 시도에 관하여 ABA가 National Student Marketing Corporation 사건 등 이후로 조직적이고 지속적인 반대의 입장을 견지해 온 결과라고 평가한 문헌으로는 Ibid, p.85.

84) 엔론이 고용한 사내 변호사는 외국변호사 57명을 포함하여 268명에 달하였고, 파산신청을 한 2001년에는 사내변호사는 155명으로 감원되어 있었다. 김선정, “미국에 있어서 공개법인 파산사태와 이에 대한 대응 - 엔론 사건의 경위를 중심으로” **상사판례연구** 제14권(2003), 289쪽.

85) Neal Batson, *Final Report*, p.52 (available at http://www.enron.com/media/Final_Report_Neal_Batson.pdf).

86) 패스토우가 설립한 엔론 글로벌 파이낸스(Enron Global Finance, EGF)라는 자회사의 법무책임자였던 모든트 변호사(Kristina Mordaunt)는 EGF의 거래 상대방이었던 JLM1에 5800달러를 투자하여 수개월 만에 1백만불 이상의 이익을 거두었다. 반대로, EGF에서 패스토우의 지시를 거부한 변호사들은 해고를 당하는 등의 불이익을 입었다. Ibid, pp.52-3; 상세한 언론보도로는, Michael France, “What about Enron’s Lawyers” *Business Week*, 2002. 12. 23.자 (available at http://www.businessweek.com/magazine/content/02_51/b3813093.htm).

립한 특수목적 법인과 관련하여 계약서 작성, 법률 조언 제공, 진정매매(True Sale) 의견 제출 등⁸⁷⁾으로 엔론의 증권사기에 공동으로 참여하였다는 이유로 1934년법 증권법 제10조 (b)항 및 Rule 10b-5에 따른 증권사기책임을 추궁당한 바 있다.⁸⁸⁾

코니악 교수는 회계 부정 사태에 대한 변호사들의 기여를 신랄하게 비판하면서,⁸⁹⁾ 엔론의 자회사인 엔론 노스 아메리카(Enron North America Corporation, ENAC)와 제이피 모건 체이스(J. P. Morgan Chase) 은행, 그리고 제이피 모건 체이스 은행이 설립한 특수목적 법인 마호니아(Mahonia) 사이에 이루어졌던 금융 거래를 그 대표적인 사례로 소개하였다. 이 거래는 본질적으로 엔론이 제이피 모건 체이스로부터 일정한 금원을 대출받은 거래임에도 불구하고, 파생거래⁹⁰⁾를 통하여 천연가스 등 실물의 매매가 실제로 이루어진 것과 같은 외관을 띠고 있었다. 엔론의 경영진은 투자자들에게 부정적 신호를 주지 않기 위하여 위 계약상의 채무를 회계 장부상 대출금 채무(loan)로 기재하는 대신, 매매에 따른 거래상의 채무(trading liability)라고 표시하고자 하였다. 회계사들이 회계 장부에 그러한 내용을 기재하기 위해서는 변호사들로부터 진정매매 및 ‘연결대상이 아님(non-consolidation)’에 관한 법률의견서를 받는 것이 전제되어야 했다. 이에 빈슨 앤 엘킨스는 회계법인 아더 앤더슨(Arthur Anderson)으로부터 문의에 대하여 여러차례 진정매매 의견을 제공하여, 회계 장부의 부실 기재를 가능케 하였다.⁹¹⁾

87) Sargent, supra note 50, pp.20-1; Whelan, supra note 38, pp.1110-1112.

88) In re Enron Corp. Sec., Derivative & ERISA Litig., 235 F. Supp. 2d 549, 614 (S.D.Tex. 2002). 이 판결을 소개한 국내 문헌으로는 김홍기, “미국법상 회계사, 변호사 등 전문가의 증권사기책임 - 미국의 1934년 증권거래법 제10조 (b)항 및 Rule 10b-5를 중심으로”, **부산대학교 법학논총** 45권 1호(2004), 328-351쪽.

89) Koniak(2003a), supra note 35, pp.2014, Koniak(2003b), supra note 35, pp.1239-40.

90) SEC에 따르면 세 당사자들은 스왑계약을 체결하였다. SEC Complaint: J.P Morgan & Co. (2003.7.) (available at <http://www.sec.gov/litigation/complaints/comp18252.htm>). SEC Litigation Release No. 18252 (2003.7.28.) (available at <http://www.sec.gov/litigation/litreleases/lr18252.htm>).

91) ① T 시점에 제이피 모건 체이스 은행은 마호니아에 대하여 고정 금액 A 달러를 지급하고, 일정 시간 후 마호니아가 제이피 모건 체이스 은행에 대하여 해당 시점(T1)에서의 천연가스 선물 가격에 근거하여 산정한 금액 B 달러를 지급(T1+1일)하기로 하는 계약을 체결한다. ② 마호니아는 ENAC T시점에 계약을 체결하여, 마호니아가 ENAC에 대하여 A 달러를 지급하고, ENAC는 위 T1 시점 기준으로 B달러를 마호니아에 지급(T1+1일)하도록 약정한다. ③ 또, 동시에 ENAC는 제이피 모건 체이스에 대하여 T1+1일에 A+α 달러를 지급하고, 제이피 모건 체이스는 T1 시점에 B달러를 ENAC에게 지급하기로 하는 계약을 체결한다. 이 ①②③의 거래를 합쳐 보면, 위 α 금액이 은행 이자율의 상당하는 것이라고 할 때, 이 거래의 본질은 결국 엔론이 제이

코니악 교수는 위 거래에 관여한 은행⁹²⁾을 법적으로 조력했던 로펌들 역시 이러한 ‘사기적 행위(sham)’를 성사시키는 데 기여한 것으로 보았다. 은행들은 로펌 변호사들의 조력 하에 ‘대출’을 ‘매매’로 둔갑시키기 위한 필수적 요소인 특수목적법인을 설립하였고, 엔론사가 은행으로부터 천연가스를 되사기로 하는 약속(즉, 대출금 채무를 변제하기로 한 약속)을 이행하지 못할 경우에 대비하여 보증을 받거나⁹³⁾ 엔론사에 대한 채권을 헐값에 매각하는 등의 위험 회피 전략을 수립하였다는 것이다.⁹⁴⁾⁹⁵⁾

그러나 이 거래에서 은행을 조력한 로펌 변호사들에게까지 엔론의 위법행위를 저지해야 할 문지기 역할을 기대할 수 있는지는 의문이다. 변호사는 기본적으로 계약에 의해 맺어진 의뢰인과의 관계에서 직무를 수행하는 것이지, 의뢰인의 거래 상대방의 의도를 파악하고, 그 상대방의 탈법행위를 저지해야 할 의무까지 부담한다고 보기는 어렵기 때문이다.

이러한 관점에서 엔론 사건은 위법행위를 행한 기업의 사내 변호사, 외부 변호사, 거래 상대방 회사의 변호사 등이 위법 행위를 억지하고 예방해야 할 문지기로서의 역할을 어느 범위에서 부담하여야 하는가의 문제를 제기하는 사례로 평가될 수 있겠다.

피 모건 체이스로부터 A 달러를 대출받은 계약에 다름아니다. 박준, “과생금융거래와 법”, **사법연수원, 2011년도 증권거래와 기업금융의 이해**(2011), 60-61쪽을 참조하였다. 엔론이 행한 다양한 파생거래에 관한 금융거래법적 차원의 상세한 분석은 Frank Partnoy, *Infectious Greed: How Deceit and Risk Corrupted the Financial Markets* (Times Books, 2003) 제10장 “The World’s Greatest Company”를 참조.

92) 엔론은 씨티그룹과도 같은 구조의 거래를 수행하였다. SEC, Litigation Release, Securities Exchange Act Of 1934 Release No. 48230/ Accounting And Auditing Enforcement Release No. 1821/ Administrative Proceeding File No. 3-11192 (2003.7.28.) ((available at <http://www.sec.gov/litigation/admin/34-48230.htm>)).

93) (주 91)②의 ENAC의 지급채무를 담보하기 위하여 WestLB가 Mahonia에게 보증신용장을 발급하도록 하였다. 박준, 전계 강의안(주 91, 2011), 60쪽.

94) 제이피 모건 체이스와 씨티그룹의 대표자들은 이러한 거래는 모두 각 은행의 변호사들의 승인 하에 이루어진 것이라고 하원에서 증언한 바 있다. Koniak(2003a), *supra* note 35, p.197.

95) SEC는 2003. 7. 28. 제이피 모건 체이스와 시티그룹에 대해서 증권법 위반 관련 민사적, 행정적 조치를 개시하는 동시에 각 금융기관이 1억 3천5백만불 및 1억 2천만불을 지급하는 내용의 화해를 체결하고 사건을 종결하였다. SEC, Press Release No. 2003-87. (2003.7.28) (available at <http://www.sec.gov/news/press/2003-87.htm>).

3. 스톡옵션 부여일자 임의조정 사건

엔론 사건 이후에도 변호사가 문지기로서의 역할을 다하지 못하고 오히려 기업의 위법행위에 가담, 조력하는 사례가 계속 발생하였다.⁹⁶⁾ 2006년부터 2008년경까지 미국에서는 12명 이상의 사내 법무책임자들이 스톡옵션 부여일자 임의조정 사건에 연루되어 사임하였고,⁹⁷⁾ 7명의 사내 법무책임자들이 미 증권거래위원회 혹은 법무부로부터 민·형사상 책임을 추궁 당하였으며, 다수의 주주대표소송 혹은 증권관련 집단소송의 피고가 되었다.⁹⁸⁾ 대부분의 경우 화해로 사건이 종결되었고, 그 가운데 유일하게 법원의 판단이 이루어졌던 맥아피사의 법무책임자 켄트 로버츠(Kent Roberts) 변호사에 대한 형사 사건⁹⁹⁾은 배심원들의 평결에 따라 무죄가 확정되어 법원이 이 문제를 어떻게 판단하였는지 찾아보기 어렵다.¹⁰⁰⁾ 이 글에서는 SEC의 제소(complaint) 내용을 중심으로 가장 대표적인 두 사건을 살펴본다.

이 사건들의 경우에는 사내 변호사들이 위법행위를 묵인하는 차원을 넘어 이러한 행위들을 적극적으로 주도한 점, 특히 법무책임자인 변호사 자신들도 직접적인 이익을 보았다는 점에서 위 1.과 2.에서 소개한 사례들과는 그 성격을 달리한다.

96) 엔론 사건 이후 2002-2005년간 SEC가 변호사들을 대상으로 규제를 시도한 사례들을 분석한 논문으로는 Lewis D. Lowenfels, Alan R. Bromberg and Michael J. Sullivan, "Attorneys as Gatekeepers: SEC Actions Against Lawyers in the Age of Sarbanes-Oxley" 37 University of Toledo Law Review 877(2006), 위 논문(p. 885)에 따르면, SEC는 엔론 사건 이후 변호사들을 증권법 위반 혐의로 제소하는 등의 경우 "문지기로서의 역할을 수행하는데 실패"하였다는 뜻을 명문으로 밝히기 시작하였다. 대표적인 예로는 사내 변호사가 회계 정보를 감사 위원회, 이사회, 외부감사인 등에 보고하지 않아서 투자자들에게 공시된 보고서에 회사의 재무 정보가 허위로 기재되도록 하였다는 책임을 물은 SEC v. John E. Isselmann, Jr., Case No. CV 04-1350 MO (D. Ore.) 등이 있다. SEC Litigation Release No. 18896 (2004.9.24.) (available at <http://www.sec.gov/litigation/litreleases/lr18896.htm>) SEC Complaint: In the Matter of John E. Isselmann, Jr. (2004.9.21.) (available at <http://www.sec.gov/litigation/complaints/compl18896b.pdf>); William H. Dorton, "Corporate Gatekeepers: An Examination of the Transactional Lawyer's Role" 99 Kentucky Law Journal 555 (2011), pp.570-572.

97) D. M. Osborne, "The Great Plaque: Stock Option Backdating scandals have taken down a record number of GCs", *Corporate Counsel* vol. 14. issue. 1 (2007.9).

98) John K. Villa, "In-house Counsel and Backdating: What Will They Criminalize Next?" *ACC Docket* (2008. 1), p.74.

99) Sue Reisinger, "The First One to Go: Kent Roberts, McAfee's former top lawyer" *Corporate Counsel* vol. 15. issue. 2 (2008. 2).

100) Laruel Beeler, "Acquittal in McAfee backdating trial", *LA Times*, 2008.10.4. (available at <http://articles.latimes.com/2008/oct/04/business/mcafee4>).

(1) 애플사(Apple, Inc.)의 사례¹⁰¹⁾

2007년 4월 24일 SEC는 애플사의 법무 책임자였던 낸시 하이넨(Nancy Heinen) 변호사가 이사진 대한 480만불의 스톡옵션 부여 및 최고경영자에 대한 750만불의 스톡옵션 부여 건에 가담한 혐의를 들어 민사 소송을 제기하였다.¹⁰²⁾ 제소 내용에 따르면, 하이넨 변호사는 자신을 포함한 이사진에 대한 스톡옵션의 행사가격을 결정하는 기준일로서 옵션 부여일자를 소급 조정하는 소위 ‘백데이팅’을 실현하기 위하여 최고경영자에게 이메일을 보내어 애플사의 주가가 상대적으로 낮았던 일자를 선택하도록 제안하였다. 그리고 스톡옵션을 부여하기로 승인하는 이사회에 제출할 목적으로 허위의 문서를 준비하였다. 다음으로, 하이넨 변호사는 최고경영자에 대한 스톡옵션 부여 일자를 소급 조정하기 위하여 보상위원회(compensation committee)에 이전 3개월 동안 애플사의 주가 변동 내역서를 제출하면서 그 가운데 주가가 가장 낮은 날을 옵션 부여일로 선택하도록 권고하였다. 보상위원회가 옵션 부여일을 결정하자마자, 하이넨 변호사는 마치 옵션 부여일 전에 이사회에서 최고경영자에 대한 옵션 부여를 결정하였던 것처럼 꾸며내기 위하여 허구적인 의사록을 만들어 내었다. 또한 하이넨 변호사는 옵션 부여 관련된 허위의 정보를 담고 있는 재무제표 및 증권신고서 등 제반 서류의 작성 준비에 조력하였다는 혐의를 받았다.¹⁰³⁾

이 사건은 2008년 8월 하이넨 변호사가 2천2백만불을 이익 환수금 및 제재금(disgorgement, interest and penalty)조로 지급하고, 향후 5년간 상장회사의 임직원으로 근무하지 않기로 하며, 향후 3년간 SEC에 출두하거나 관련 사무를 처리하지 않기로 하는 내용의 화해로 종결되었다.¹⁰⁴⁾

¹⁰¹⁾ Villa, supra note 98, p.74,78; Jessy Seyfer, “The SEC Lands a Big One: After a long investigation, Apple's ex-GC is finally charged with stock option backdating” *Corporate Counsel*, vol. 14. issue. 6 (2007. 6.).

¹⁰²⁾ SEC Litigation Release No. 20086 (2007.4.27.) (available at <http://www.sec.gov/litigation/litreleases/2007/lr20086.htm>).

¹⁰³⁾ SEC, Complaint: Nancy R. Heinen and Fred D. Anderson (2007.4.23.) (available at <http://www.sec.gov/litigation/complaints/2007/comp20086.pdf>).

¹⁰⁴⁾ SEC, Litigation Release No. 20683 (2008.8.14.) (available at <http://www.sec.gov/litigation/litreleases/2008/lr20683.htm>).

(2) 맥아피사(McAfee, Inc.¹⁰⁵)의 사례

컴퓨터 보안 관련 소프트웨어를 제작하는 실리콘 벨리 소재 맥아피사의 법무책임자였던 켄트 로버츠 변호사는 2000년 법무담당 부사장으로 승진하면서 2만주를 스톡옵션으로 부여받았다. 실제 옵션이 부여된 2000년 2월 14일 맥아피사 주식의 종가는 29.63달러였고, 로버츠 변호사의 행사가격도 이를 기준으로 결정될 것이었다. 이후 맥아피사의 주가가 계속적으로 떨어져서 로버츠 변호사는 스톡옵션 행사로 이익을 확보하기 어려워지자, 회계담당자(controller)였던 동료로 하여금 회사의 보안 시스템에 접근하게 하여 맥아피사 주식의 종가가 19.75달러밖에 되지 않았던 2000년 4월 14일로 옵션 부여 일자를 변경하였다. 로버츠 변호사는 메일, 통신을 이용한 사기 및 허위 기재한 증권신고서 등의 제출, 회계장부 허위 작성 등 7가지 혐의로 형사 소추되었고, ‘자신의 축재(蓄財)를 위한 사기 작전’의 일환으로 스톡 옵션 부여일을 조정하였다는 이유로 SEC에 의하여 민사소송을 제기 당하였으며¹⁰⁶, 또 회사를 상대로 한 주주대표소송에서 피고가 되었다.¹⁰⁷

로버츠 변호사는 형사사건에서는 배심원들로부터 무죄 평결을 받아내는 데 성공하였지만, 동사의 대표이사, 회장과 함께 공동 피고가 되었던 주주대표소송에서는 스톡옵션 부여일자 임의 조정에 대한 책임이 인정되어 피고들이 공동으로 회사에 대하여 3천만불의 손해를 배상하기로 하는 내용의 화해를 체결하였다.¹⁰⁸¹⁰⁹

4. 관련 사례의 유형화와 쟁점의 추출

기업 변호사가 문지기로서의 역할을 제대로 수행하지 못하고 의뢰인 기업의 위법행위에 가담하거나 조력한 행위의 양상은 매우 다양하게 나타난다. 이러한 양상

¹⁰⁵ 사건 발생당시의 회사명은 Network Associates, Inc.였다.
¹⁰⁶ SEC, Litigation Release No. 20020 (2007.2.28.) (available at <http://www.sec.gov/litigation/litreleases/2007/lr20020.htm>).
¹⁰⁷ Reisinger, supra note 99. p.74.
¹⁰⁸ Securities Docket “Proposed Settlement of McAfee Derivative Action Provides \$30 Million Benefit to Company, \$13.5 Million in Attorney’s Fees” (2008.10.2.) (available at <http://www.securitiesdocket.com/2008/10/02/proposed-settlement-of-mcafee-derivative-action-provides-30-million-benefit-to-company-135-million-in-attorneys-fees/>).
¹⁰⁹ 엄밀한 의미에서 문지기 책임은 회사의 위법행위 상대방에 대한 책임이므로, 회사에 대한 손해를 기준으로 판단하는 주주대표소송에서의 책임과는 성격이 달리 한다. 주주대표소송의 경우에는 사내 법무책임자로서 회사에 대한 충실 의무가 문제 되는 것이지, 위법행위 감시 및 예방 의무라는 문지기 책임을 묻는 것이 아니기 때문이다.

들을 일정한 갈래로 유형화¹¹⁰⁾해 보는 작업은 기업 변호사에게 법적인 차원에서 책임을 부가하기 위하여 검토해 보아야 할 쟁점들을 명확히 하는데 도움을 줄 것이다.

첫 번째 유형은 변호사가 기업의 위법 행위를 주도하여, 의뢰인으로부터 통상의 대가 이외의 추가적인 경제적 이익을 취득하는 경우이다. 앞에서 소개한 사례들 가운데는 스톡옵션 부여일자 임의조정 사건에 관여한 변호사, 엔론의 일부 사내 변호사들의 경우에 해당한다. 또 우리나라의 사례 가운데에는 경남은행 등으로부터 400억원을 사기대출받아 회사를 인수한 후 인수회사 자금을 개인적으로 사용한 인수·합병(M&A) 전문 S 변호사의 경우¹¹¹⁾가 이에 해당할 것이다.

두번째 유형은 변호사가 의뢰인의 탈법 혹은 위법의 의도를 알고서도 법적 조력을 계속하는 경우에 해당한다. 위에서 거론한 사례들 가운데는 내셔널 슈튜던트 마케팅 사의 사례, 엔론사의 회계 부정 의도를 알고도 법률의견서를 제공한 로펌 빈슨 앤 엘킨스의 사례 등이 여기에 속할 것이다. 우리나라에서 문제가 된 사례로는 변호사가 분식회계 사건과 재개발 재건축 관련 불법적인 법률 자문을 제공하여 기소된 사례¹¹²⁾를 꼽을 수 있다.

세번째 유형은 변호사가 모르는 사이에 의뢰인의 탈법, 위법 행위에 조력하게 되는 유형이다. 위에서 살펴본 사례 가운데에는 엔론의 거래 상대방 은행들을 조력한 로펌들의 경우에 해당한다. 이러한 유형의 사안이 발생한 경우에도 변호사에게 법적 책임으로서 문지기 책임을 부과할 수 있는지에 대해서는 진지하게 검토해 보아야 할 것이다.

이러한 유형화를 통해서 추출해 볼 수 있는 쟁점은 다음과 같다. 첫째, 문지기 책임을 부담하는 기업 변호사의 범위에 관한 문제이다. 이제까지 미국에서는 증권과 직접 관련이 없는 분야에서 직무를 수행하는 변호사 및 사내 변호사는 문지기 역할을 수행하기 적절하지 않은 대상으로 취급된 경향이 있었다. 그러나 가장 비난 가능성이 큰 첫 번째 유형의 행위는 사내 변호사에 의해 주도된 경우도 많고, 증권과 직접 관련이 없는 분야에서도 발생할 수 있음을 확인할 수 있는바, 문지기 책임의 적용 대상인 변호사의 범위에 대해서 우선적으로 검토해 보아야 할 것이다.

둘째, 기업의 위법행위가 발생하였을 경우 어디까지 그 위법행위를 조력한 변호

110) 박준, 전계논문(주 5, 2011), 32-3쪽에 실린 분류를 참조하였다.

111) Ibid.

112) Ibid.

사에게 책임을 물을 수 있을지에 관한 한계를 설정하는 문제가 존재한다. 위법행위 결과 발생에 대해서 변호사에게 무조건 책임을 부담하게 하거나, 고의가 있을 경우에 한하여 책임을 부과하거나, 과실의 유무와 정도에 따라 책임을 부담시키는 등 여러 가지 선택지가 가능할 것인바, 그 효과와 비용 등을 종합적으로 고려하여 문지기 책임론의 목표에 부합하면서도 변호사 제도의 순기능을 해하지 않는 범위 내에서 적절한 수준으로 결정되어야 할 것이다.

셋째, 문지기로서 기업 변호사가 부담하는 의무의 내용과 한계에 관련된 문제이다. 기업의 위법 활동에 대한 조력을 중단하는 것이 문지기로서의 가장 기본적인 의무가 될 것이나, 엔론 사건에 대한 반성적 고려의 차원에서 변호사에게 의뢰인 기업의 위법행위에 대한 기업 내부 보고 의무 및 통지 후 사임 의무 등을 추가적으로 부과하려는 시도가 있었다. 이와 관련된 논의는 사베인스 옥슬리법 제307조 및 동법의 위임에 따른 SEC 규칙 제205조 제정 과정에서 활발하게 전개되었다. 이러한 과정을 살펴보면, 우리 현실에 대한 시사점을 함께 생각해 보고자 한다.

IV. 기업 변호사의 문지기 책임의 적용 범위와 한계

1. 문지기 책임을 부담하는 기업 변호사의 범위

(1) 증권 변호사만이 문지기 책임을 부담하는가

(가) 미국에서의 논의

커피 교수는 기업 변호사의 업무 유형을 i) 옹호자(advocate)로서의 역할, ii) 거래의 설계자(transaction engineer)로서의 역할, iii) 공시 관련 업무의 감독자(disclosure supervisor)로서의 역할로 삼분하고, 세 번째 유형만을 문지기 책임의 대상으로 한정한다.¹¹³⁾¹¹⁴⁾ 이처럼 증권 관련 공시 업무에 있어서만 변호사에게 문지기 책임을

¹¹³⁾ Coffee(2003), supra note 6, pp.1302, 1304-5. 커피 교수는 위의 ii) 유형 업무를 수행하는 로펌과 iii) 유형 업무를 수행하는 로펌을 구분하여, 후자로 하여금 전자를 감독하는 역할을 맡기면 문지기의 위법행위 방지 기능이 제대로 작동할 수 있다고 주장한다. 그러나 이러한 방식은 커피 교수 스스로도 인정하듯이 비용이 많이 들고 업무의 중첩을 초래하여 현실적으로 실현되기는 어려울 것이다.

¹¹⁴⁾ 증권신고서상의 거짓기재 또는 기재누락에 따른 책임을 규정한 미국 1933년 증권법 제11조 (a)항 (4)호는 증권신고서의 일부 또는 증권신고서와 관련된 보고서 또는 평가서를 작성하거나 인증한 것으로 증권신고서에 기재될 것에 동의한 전문가도 책임

부담시키자는 주장이 힘을 얻게 된 배경으로는 다양한 이유가 존재할 것이다. 우선 미국에서는 증권시장을 중심으로 기업의 자금조달이 이루어지는 점, 증권 변호사의 업무의 특성상 의뢰인 기업이 제공하는 정보에 대한 객관적 평가를 그 본질적 요소로 하는 점,¹¹⁵⁾ 증권 시장에서 투자자들은 기업이 공시한 내용에 거의 전적으로 의지하여 투자 판단에 필요한 정보를 획득한다는 점, 변호사에의 의존도가 높아 변호사의 평가와 확인이 없으면 공시 자체가 사실상 어렵다는 점 등을 그 이유로 떠올려 볼 수 있다. 또 부차적으로는 문지기 책임이 문제된 사안들이 주로 변호사에 대한 SEC의 규제 조치에서 비롯된 점,¹¹⁶⁾ 변호사의 문지기 책임에 대한 변호사들의 반대 움직임이 SEC의 ‘사임 후 통지’규칙 제정 과정에서 가장 극적으로 표출되었던 점¹¹⁷⁾ 등을 감안한다면 증권 변호사를 중심으로 문지기 책임론이 전개된 데 대하여 충분히 수긍할 수 있다.¹¹⁸⁾

그렇다고 해서 적어도 위의 iii) 유형의 변호사가 ii) 유형의 변호사를 감독하는 체제가 확립되지 않는다면, 기업 활동에 조력하는 변호사 전반, 특히 ii) 유형, 즉 거래의 설계자 역할을 하는 변호사들이 문지기 책임 부과 대상에서 제외되어야 할 이유는 별로 없다. 기업 변호사들에게 문지기 책임을 부과하는 본래의 취지가 기업의 위법행위에 대해 조력을 중단할 의무를 부과함으로써 위법행위가 발생하지 못하도록 하는 데 있다는 점을 감안하면, 위법행위에 대해 조력을 계속한 기업 변호사에 대해서는 그 업무 분야를 막론하고 문지기 책임을 부담시킬 수 있을 것이다.

물론 기업 변호사에게 법적 책임을 부과하기 위해서는 근거 법률이나 판례 법리가 확립되어 있어야 할 것이다. 미국에서는 증권법상 사기 조항이 매우 포괄적

을 질 자로 열거하고 있기 때문에 변호사가 그러한 작성 또는 인증을 하고 그 사실이 신고서에 기재된 경우에는 증권법상의 손해배상책임을 지게 된다. 공시관련 업무의 감독자로서의 변호사는 1933년 증권법 제11조(a)항에 규정된 작성 또는 인증을 하지 않고도 공시에 관련된 업무를 행한 경우를 의미하는 것으로 보인다. Securities Act Section 11(a)(4).

115) Kim(2010), *supra* note 4, p.122.

116) *Ibid*, p.76.

117) *Ibid*, pp.138-145.

118) 자본시장의 관점에서 문지기 책임에 관하여 고찰한 문헌으로는 Stephen Choi, “Market Lessons for Gatekeepers”, 92 *Northwestern University Law Review* 916(1998), Frank Partnoy, *supra* note 15; Kim 교수는 때로는 자본시장에 제한된 관점에서, 때로는 사내 변호사를 포함한 기업 변호사 전체라는 관점에서 변호사의 문지기 책임론에 관한 연구를 수행하였다. 전자로는 Kim(2010), *supra* note 4, 후자로는 Kim(2005); Kim(2008); Kim(2011), *supra* note 29.

으로 규정되어 있기 때문에 넓은 범위의 변호사들을 대상으로 문지기 책임을 물을 수 있다는 논의가 가능하다. 변호사가 공시 절차와 직접적으로 관련이 없는 의뢰인 기업의 경영 활동을 법적으로 조력한 경우에도, 그 조력의 결과 의뢰인 기업이 의도하던 탈법적 거래를 성사시키고 그 결과 증권신고서 또는 재무제표상의 허위 기재 또는 부실 기재가 이루어진다면 의뢰인 기업의 탈법적 의도를 알고도 조력을 계속한 변호사는 증권 사기의 책임을 질 수 있기 때문이다.¹¹⁹⁾

또한 SEC는 사베인스 옥슬리법 제307조의 위임에 따른 규칙 제205조를 제정하면서, 변호사 단체의 반대에도 불구하고 SEC 절차에 직접 관여하는 변호사 외에도, SEC에 등록하거나 제출하여야 할 서류에 관하여 미국 증권법이나 SEC 규칙에 대한 자문을 제공하는 변호사, 미국 증권법이나 SEC 규칙에 따라 어떠한 정보나 서면이 동 위원회에 등록되거나 제출되어야 하는지에 관하여 자문을 제공하는 변호사들까지도 동 규칙의 적용 대상에 포함시켰다.¹²⁰⁾ 따라서 위 규칙을 적극적으로 해석할 경우에는 동 규칙상 위법행위 감시 및 상부 보고 의무를 부담하는 변호사의 범위가 상장회사의 업무와 관련하여 법적 조언을 제공하는 변호사들 전반을 대상으로 매우 넓어질 수 있다.

이러한 점을 종합적으로 감안한다면, 좁은 의미의 증권 변호사만이 문지기 책임을 부담한다고 보기는 어렵다. 즉, 미국에서는 현재의 법제도 하에서도 기업에 대해 법적 조언과 조력을 행하는 변호사들의 상당수가 문지기로서의 의무를 위반할 경우에는 책임을 부담할 수 있다.

(나) 우리나라의 경우

우리나라의 현실에서 기업 변호사의 문지기 책임 관련 논의를 시작함에 있어서도 문지기로서 의무를 부담하는 기업 변호사의 범위가 어디까지인가라는 질문에서 출발해 볼 수 있겠다. 특히 성문법 국가인 우리나라로서는 법적인 책임을 부과하는 근거가 되는 구체적 법규범이 반드시 존재해야 할 것이다. 「민법」(2009. 5. 8. 개정) 제760조 제3항의 공동불법행위 책임과 같은 일반, 추상적 조항을 제외하고는, 「자본시장 및 금융투자업에 관한 법률」(2011. 5. 19. 개정. 이하 ‘자본시장법’) 제125조

¹¹⁹⁾ Kim(2010), supra note 4, p.88.

¹²⁰⁾ 17. C.F.R. § 205.2(a); Final Rule: Implementation of Standards of Professional Conduct for Attorneys, Securities Act Release No.33-8185, Exchange Act Release No. 34-47276, Investment Company Act Release No. 25,919, 68 Fed Reg. 6296, 6305, 2003. 2. 6. (available at <http://www.sec.gov/rules/final/33-8185.htm>).

제1항 제3호 및 제 4호, 같은 취지의 규정인 동법 제162조 제1항 제3호와 제4호 (이하 “자본시장법 제125조 제1항 제3호 등”), 그리고 부정거래행위를 금지하는 동법 제178조 등이 현행법상 변호사의 문지기 책임을 규정하고 있는 취지의 조항으로 보인다.¹²¹⁾

먼저 자본시장법 제125조 제1항 제3호 등을 본다. 이 조문들에 따르면 증권신고서, 사업보고서 및 첨부서류 등의 정확성을 증명하여 서명하거나, 평가·분석·확인 의견이 기재되는 것에 동의하고 내용을 확인한 변호사 또는 소속 로펌은 증권 취득자가 입은 손해를 배상할 주체의 범위에 포함될 수 있다.¹²²⁾ 이는 미국 1933년 증권법(Securities Act of 1933) 제11조(a)에 대응되는 것으로서,¹²³⁾ 법리적으로는 변호사에게 이 조항에 근거한 책임을 물을 수 있다. 그러나 변호사가 증권신고서 등의 작성·제출을 직접 담당하는 실무적 관행이 형성되지 않는 한 변호사의 문지기 책임과 관련하여서는 이 조항에 큰 의미를 두기는 어렵다.

다음으로는 부정거래행위 금지에 관한 일반 규정인 동법 제178조를 본다. 동조는 1934년 증권거래법(Securities Exchange Act of 1934) 제10조 (b)항의 위임에 따라 제정된 SEC 규칙 10(b)-5에 대응되는 것으로서,¹²⁴⁾ 그 운용에 따라 증권을 포함한 금융투자상품 관련 위법행위에 조력한 변호사도 민·형사책임 및 행정 제재 부과 대상이 될 수 있다.¹²⁵⁾ 동조 제1항 제1호는 “누구든지”, “금융투자상품의 매매, 그 밖의 거래와 관련하여” 부정한 수단, 계획 또는 기교를 사용하는 행위를 폭넓게 금지하고 있기 때문에 그 적용대상과 적용범위가 매우 넓다.¹²⁶⁾ 동 조항에 따르면 비상장증권에 대한 거래, 장외에서 행해지는 사인간의 거래와 관련하여 변호사가

121) 자본시장법 제125조의 제1항 제3호의 위임에 따라 제정된 동법 시행령 제135조 제1항 및 동조 제1항 제4호에 규정된 내용은 2003년 증권거래법 개정으로 신설된 것이다 (동법 제14조 제1항 제2호, 제2호의 2). 고창현·김연미, 전계논문(주 2), 45쪽.

122) 김건식·정순섭, **자본시장법(제2판)**, 두성사(2010), 164-5쪽, 168-9쪽.

123) *supra* note 114.

124) 최승재, “자본시장법 제178조 제1항 제1호에 대한 연구”, **금융법연구** 제6권 제2호 (2009), 8쪽; 임재연, **자본시장법** (박영사, 2010), 825쪽; 김학석, 금융투자상품의 부정거래행위에 관한 연구, 고려대학교 박사학위논문(2010), 21쪽.

125) 자본시장법 제178조에 따른 책임은 제179조상의 민사책임 외에도 형사책임(제443조 제1항 8·9호) 및 행정제재(제420조 제1항 제5호, 제420조 제2항)가 있다. 특히 형사책임과 관련하여 동법 제178조 제1항 제1호의 ‘부정한 수단’이라는 구성요건이 지나치게 포괄적이기 때문에 죄형법정주의에 반한다는 주장이 제기될 수 있으므로, 구체적인 적용 기준이 정립되어야 할 것이다. 김건식·정순섭, 전계서(주 122) 378쪽; 적용 기준에 관하여는 정순섭, “불공정거래법제의 현황과 해석론적 과제” **BFL** 제43호(2010.9.).

126) 상계서, 376-77쪽.

의뢰인 기업의 위법행위에 조력한 경우에도 책임을 지게 될 수 있으며, 거래의 종류도 증권 등의 매매에 한정되지 않고 담보제공 및 합병 등에까지 확대될 수 있다.¹²⁷⁾ 따라서, 우리의 현행법 체계 하에서도 문지기 책임을 부담하는 변호사는 증권 등의 공시 절차에 직접적으로 관여하는 변호사에 한정되지 않음을 알 수 있다.

(2) 사내 변호사와 문지기 책임

(가) 미국에서의 논의

커피 교수는 사내 변호사에게 문지기 책임을 부과하는 데 대해서는 회의적인 입장이다. 커피 교수에 따르면 문지기들은 시장에서 장기간 구축한 평판자본을 근거로 활동하는 평판 중개자(reputational intermediaries)이기 때문에, 시장에서의 평판으로부터 상대적으로 자유로운 사내 변호사들은 위법행위를 억제할 인센티브가 적을뿐더러,¹²⁸⁾ 일자리를 잃을 위험을 부담하기 때문에 위법행위를 저지하기 위해서는 엄청난 비용을 감수해야 한다는 한계를 지닌다.

반면, 커피 교수의 주장은 효율적인 문지기 역할 수행에 있어 평판 자본의 중요성을 과대평가 한 것이라고 반박하는 견해도 존재한다.¹²⁹⁾ 이 견해에 따르면 1970년대 이후 기업 내 위상이 강화된 사내 변호사들은 외부 변호사에 비하여 기업 내부 정보에 접근하기에 용이하고, 기업 경영진의 의도를 보다 잘 파악할 수 있다. 즉, 사내 변호사는 비록 기업의 경영진으로부터의 독립성이라는 측면에서는 외부 변호사보다 취약하지만, 기업의 위법행위를 1차적으로 감시하고 예방할 수 있는 능력을 지닌 존재들인 것이다. 따라서 사내 변호사들에게 문지기 책임을 부과하는 것은 기업 활동의 적법성을 제고하는 효율적인 방안 중의 하나가 될 수 있다.¹³⁰⁾

III. 4에서 언급한 첫 번째 유형의 사례들은 기업 정보에 대한 접근 가능성이 높은 사내 변호사들이 문지기 역할을 제대로 수행하지 못하는 경우 기업에게 얼마나 큰 손해를 가져오는지를 잘 보여주고 있다. 이러한 사태에 대한 반성적 고찰로서, 제네럴 일렉트릭사(General Electric)의 법무책임자였던 벤 하이네만 변호사는 기업의

127) 상계서, 366쪽.

128) Coffee(2006), supra note 25, p.194.

129) 아더 앤더슨과 같은 대형 회계 법인이 스스로의 전설적인 평판을 중요하게 생각하였다면 엔론의 사기적인 계획에 동참하였겠는가라는 질문이 제기될 수 있을 것이다. Kim(2008), supra note 29, p.424.

130) Gilson, supra note 18, p.80은 “사내변호사야말로 문지기 책임을 수행하기에 논리적으로 가장 적합한 후보자(the logical lawyer candidate for the gatekeeping function)”라고 지적한다.

법무책임자들에게 경영진의 파트너로서 뿐만 아니라 기업 평판의 수호자로서 역할에 대하여 인식할 것을 강조한 바 있다.¹³¹⁾ 이 때의 기업 평판의 수호자 역할이란 바로 사내 변호사의 문지기 역할을 의미하는 것이라고 생각된다. 하이네만 변호사는 사베인즈 옥슬리법에 따른 SEC 규칙 제205조에 규정된 위법행위의 기업 내 상부 보고 의무가 사내 변호사의 수호자 역할 수행에 긍정적인 기능을 한다고 평가하면서, 사내 변호사들로서는 기업 활동과 관련된 전반적인 리스크에 대해서 사내 법무책임자에게 보고하고, 법무책임자들로서는 이러한 리스크를 항상 점검하여야 한다고 주장하였다.¹³²⁾ 이러한 태도는 사내 변호사들 스스로도 자신들의 문지기 역할의 필요성을 깨닫고 있음을 잘 보여준다.¹³³⁾

미국 변호사협회는 2003년 조직에 고용되거나 조직을 대리하는 직무를 수행하는 변호사들에게 적용되는 직무행위 표준규칙 제1.13조를 개정하였다. 개정된 규칙에 따르면 사내 변호사¹³⁴⁾는 (기업)조직으로부터 법률 사무를 수입한 변호사와 마찬가지로, 다른 (기업)조직 구성원들의 (기업)조직에 대한 위법행위를 알게 될 경우 ‘그렇게 하는 것이 조직을 위해서 필요하지 않다고 합리적으로 믿지 않는 한’, 그 사안을 조직의 고위 책임자에게 보고해야 한다.¹³⁵⁾ 또 이러한 보고 등에도 불구하고 적절한 조치가 취해지지 않는다면, 직무행위 표준규칙 1.6조의 예외 사유 해당 여부에 관계없이 관련 정보를 공개할 수 있게 되었다.¹³⁶⁾ 종전의 규칙에 비하여 2003년 개정 규칙에서는 위법행위에 대한 변호사의 보고 의무가 강화되었고, 비밀 유지를 위한 조직 관련 정보의 외부 공개 제한이 완화되었는데¹³⁷⁾ 이러한 변화를 통해 사내 변호사의 문지기로서의 역할에 대한 인식이 제고되었음을 알 수 있다.

¹³¹⁾ Ben W. Heineman, Jr., “Caught in the Middle”, *Corporate Counsel* (2007. 4), p.84.

¹³²⁾ *Ibid*, p.86.

¹³³⁾ SEC의 콕스 위원장은 2007년 행한 연설에서 스톡옵션 부여일자 임의조정 사건 등을 언급하면서 자본시장에 대한 투자자의 신뢰를 확보하기 위해서는 사내 변호사들의 문지기 역할 수행이 핵심적이라고 주장하였다. Christopher Cox, “Address to the 2007 Corporate Counsel Institute”, 2007.3.8. (available at <http://www.sec.gov/news/speech/2007/spch030807cc.htm>).

¹³⁴⁾ 조직에 고용된 변호사, ABA 표준규칙 제1.13조 (a)항.

¹³⁵⁾ *Ibid*, 1.13(b).

¹³⁶⁾ *Ibid*, 1.13(d).

¹³⁷⁾ 이상수(2008), *전계논문*(주 5), 621-4쪽.

(나) 우리나라에서의 사내 변호사의 문지기 책임

우리나라에서 사내 변호사의 문지기 책임과 관련해서는 2012년부터 시행될 예정인 준법지원인 제도에 주목할 필요가 있다. 2011년 4월 14일 개정된 상법 제542조의13은 자산규모 등을 고려하여 대통령령으로 정하는 상장회사는 준법통제기준을 마련하도록 하고, 이 기준의 준수에 관한 업무를 담당하는 준법지원인을 1인 이상 두도록 하였다. 법무부에 따르면 이 제도의 목적이 기업의 준법윤리 경영을 지원하고 투명한 의사결정을 하도록 하는 데 있는바,¹³⁸⁾ 우리나라에서도 사내 변호사가 문지기로서 역할을 수행하도록 기대할 수 있는 근거가 마련된 것이다. 그러나 상법에서는 준법지원인의 구체적인 의무와 책임에 대해서 규정하지는 않고 있으며, 현재는 준법지원인을 두어야 하는 기업의 범위와 준법지원인의 자격, 준법통제기준에 포함 될 내용 등에 대한 대통령령의 제정 작업이 진행되고 있는 것으로 알려졌다.¹³⁹⁾¹⁴⁰⁾

준법지원인은 기업의 법적 위험을 관리하고 이사회 및 경영진에 대하여 보고하고 조언하는 역할을 수행하는 자로서, 기업에 소속된 직원이면서도 독립성을 확보하여야 하는 존재이다. 그런 취지에서 직무 수행의 독립성이 중시되는 법률전문가로서 소속 사내 변호사에게 준법지원인의 역할을 부여하게 될 것이다. 따라서 적어도 준법지원인이 되는 사내 변호사에게는 문지기 책임에 관한 일반적 논의들이 적용될 수 있는 것으로 생각된다.

그렇지만 모든 사내 변호사가 준법지원인이 되는 것은 아니고, 또한 상법 시행령에 근거가 마련되면 변호사 이외의 자도 준법지원인이 될 수 있는 점을 감안할 때, “사내 변호사 = 준법지원인”이라고 단정하기는 어렵다. 따라서 사내 변호사 집단 전체에 대한 문지기로서의 역할 수행을 기대하기 위해서는 사내 변호사의 업무 수

138) 법무부 보도자료, 2011.3.11, 3-4쪽 (available at http://www.moj.go.kr/HP/COM/bbs_03/ListShowData.do?strNbodCd=noti0005&strWrtNo=2430&strAnsNo=A&strNbodCd=noti0005&strFilePath=moj/&strRtnURL=MOJ_30200000&strOrgGbnCd=100000&strThisPage=9&strNbodCdGbn=).

139) 법률신문 5. 30. 자(available at <http://www.lawtimes.co.kr/LawNews/News/NewsContents.aspx?serial=57756&kind=>).

140) 일본 변호사연합회의 변호사직무기본규정 제51조(위법한 행위의 조치)에서는 “조직 내 변호사가 그 담당하는 사건에 관하여 그 조직에 속한 자가 업무상 법령에 위반하는 행위를 하거나 행하려고 하는 것을 알게된 때에는 그 자가 소속한 부서의 장 또는 그 조직의 장, 중역회, 또는 이사회, 기타 상급기관에 대한 설명 또는 권고, 기타 그 조직 내에서의 적절한 조치를 취해야 한다.”고 하여 사내 변호사 등의 의무를 구체화 하였다.

행 양태나 경영진의 태도, 또 우리 변호사법 및 변호사 자치 규범상 변호사에게 요구되는 비밀유지 의무 등과의 관계 등을 종합적으로 고려해야 할 것이다.

2. 변호사에 대한 문지기 책임의 범위와 한계

(1) 미국의 경우

(가) 변호사가 부담하는 민사적 책임

1) 적절한 책임 모델의 설정

문지기 책임은 어디까지나 기업의 위법행위를 억지하기 위해서 제3자에게 부과하는 책임이라는 점을 고려할 때, 문지기 집단에 대하여 무제한적인 책임을 부과한다고 해서 그 효과가 최대화 된다고 볼 수는 없다. 오히려 기업 변호사가 문지기로서 지나치게 무거운 책임을 부담하게 된다면, 변호사 단체가 우려하는 바대로, 기업 변호사들 스스로 의뢰인과의 활발한 의사소통을 망설이게 되어 기업들이 변호사들의 조력을 충분히 받지 못하게 되고, 결국은 변호사들이 시장에서 문지기로서의 역할을 제대로 수행하지 못하게 되는 악순환을 낳게 될 가능성도 존재한다. 또 기업 변호사들이 문지기로서 과중한 책임을 부담한다면 그 비용(예: 전문직 책임보험의 보험료 등)은 결국 고스란히 기업들에게 전가되어 문지기 책임의 경제적 효용성에도 의문이 생길 수 있다. 나아가, 기업 변호사들이 문지기 책임을 두려워하여 보수적인 내용의 법적인 조언만을 제공하게 된다면, 기업들은 합법적인 틀 내에서도 창조적이고 적극적인 경영 활동을 모색하기 어렵게 될 수도 있다.

문지기 책임의 한계를 설정할 필요성은 민사적 책임을 부과함에 있어서 더욱 두드러진다. 형사적 책임의 경우에는 헌법적인 요청에 따라 개별 법률에 이미 정해져 있는 구체적인 구성요건에 해당하는지 여부만을 검토하면 족할 것이나, 변호사가 기업의 위법행위로 인한 민사적 책임(거래 상대방에 대한 손해 배상 책임 및 부당 이득 환수금의 성격을 띤 행정적 제재금을 모두 포함한다)을 부담하게 될 경우에는 어떠한 근거로 그러한 책임을 부과하게 되는지에 대한 논의가 전제되어야 한다.

아사프 함다니 교수는¹⁴¹⁾ 미국에서 엔론 사태 이후 문지기 책임을 강화해야 된다는 문제제기만이 계속되고 있으나 문지기 책임의 범위와 정도를 어떻게 정하는 것이 가장 합리적일지에 대한 진지한 고민이 부재한 상태라고 지적하면서, 문지기 책임을 부과하기 위한 제도를 디자인함에 있어서, 결과 책임, 과실 책임, 고의 책

¹⁴¹⁾ Assaf Hamdani, "Gatekeeper Liability", 77 *Southern California Law Review* 53 (2003), pp.54-7.

임 등의 모델 등을 기본으로 하여 정책적 필요성에 부합하는 다양한 모델을 생각해 볼 수 있을 것이라고 주장하였다.¹⁴²⁾

변호사 제도의 효용을 유지하면서도 적절한 수준에서 문지기 책임을 부과하기 위해서는 아래와 같은 점을 고려하여 의뢰인의 위법행위 사실을 알고도 조력하는 경우에만 변호사에게 책임을 부과하는 고의 책임 모델을 기본으로 하는 것이 바람직할 것이다.

첫째, 변호사가 의뢰인 기업에 대해 제공하는 법적인 조언과 조력은 외부감사인의 감사의견과는 달리 법적으로 제3자의 이용이 전제되어 있지 않다는 점이다. 따라서 변호사에게 ‘의뢰인의 위법행위로 인한 제3자의 손해 발생 가능성’을 사전에 조사할 의무를 부담시키고 그 의무 위반을 이유로 변호사에게 책임을 추궁하는 것은 과중한 요구이다. 예외적으로 법률의견서와 같은 변호사의 법률사무 처리 결과가 의뢰인 기업의 거래 상대방 등 제3자에 의하여 이용될 것이 전제된 경우에는 사무 처리와 관련된 주의 의무 위반에 대해서도 책임을 지게 하는 방식을 적극적으로 고려해 볼 수 있겠다.¹⁴³⁾

둘째, ‘위법행위에 대한 조력’이라는 예외적인 상황을 우려하여 기업 변호사 집단 전체의 주의의무의 수준을 높이는 것은 변호사 제도가 변호사의 적법한 직무수행을 전제로 유지된다는 점에 부합하지 않는다. 셋째, 변호사는 결국 의뢰인이 제공한 정보를 기초로 판단을 할 수밖에 없는데, 변호사의 능력이 부족하여, 또는 의뢰인의 적극적인 기망에 의해서 위법 행위의 가능성을 파악하지 못하게 된 상황에 대해서까지 책임을 부과하는 것은 적절하지 않다.

즉, 의뢰인의 위법 의도 또는 의뢰인이 의도하는 행위가 법률에 위반하게 될 가능성을 변호사가 알고도 조력을 계속할 경우에 한하여 변호사가 제3자에 대한 책임을 부담하도록 하여야 할 것이다. 다만, 문지기 책임론이 원래 의도하던 위법행위의 억지 기능이 잘 발휘될 수 있도록 하기 위해서 상대방이 부담하는 고의의 입증책임을 다소 완화하는 방식을 채택하는 등의 보완책을 마련하면 족할 것이다.

142) Ibid, pp.102-6.

143) 증권신고서, 사업보고서 및 첨부서류 등의 정확성을 증명하여 서명하거나, 평가·분석·확인 의견이 기재되는 것에 동의하고 내용을 확인한 변호사의 경우에는 의뢰인이 아닌 제3자가 그러한 의견을 이용할 수 있도록 한 것이라는 점에서 자본시장법 제125조 제1항 제3호 등에 따라 “상당한 주의를 기울이지 않은 한 책임을 추궁할 수 있도록 한 것이라고 볼 수 있다.

2) 미국의 판례

위 III.에서 소개한 미국의 사례를 분석해 보면, 모든 사례에서 변호사의 고의가 있음을 전제로 문제가 제기되었음을 알 수 있다. SEC v. National Student Marketing 사례에서는 변호사들이 회계 장부의 부실기재를 알고도 의뢰인 기업의 합병 시도에 조력하였고, In re Carter 사례에서는 변호사들이 의뢰인 기업의 최고경영자가 중요 사항을 누락한 재무보고서를 작성한다는 점을 알고도 법적 조력을 중단하지 않았다. 또 빈슨 앤 엘킨스는 엔론사의 회계 장부 부실 기재를 알고도 적극적으로 가담하였으며, 스톡옵션 부여일자 임의조정 사건을 주도하였던 애플사 및 맥아피사의 법무 책임자들은 의결권 대리행사를 권유하는 서면 등에 부실 기재가 있었음을 알고 있었다.

특히 미국의 경우에는 증권법상 사기 금지 조항이 매우 포괄적으로 규정되어 있기 때문에 기업 변호사가 의뢰인 기업의 재무제표 부실 기재 등을 알았을 경우에 한하여 책임을 부과할 필요성이 크다. 1934년 증권거래법(Securities Exchange Act of 1934) 제10조 (b)항의 위임에 따라 제정된 SEC 규칙 10(b)-5는 변호사, 회계사 등 기업 외부에서 조력을 제공한 문지기들에게 증권 사기의 책임을 묻는 근거로 활용되어 왔으며,¹⁴⁴⁾ 위 사례에서도 SEC v. National Student Marketing Corp., 및 빈슨 앤 엘킨스의 책임과 관련하여 문제가 되었다.¹⁴⁵⁾ 기업의 증권사기에 조력한 변호사에게 위 규정을 적용하기 위해서는 ‘일차적 행위자의 증권사기에 기여하였다는 고의성(scienter)이 있을 것’의 요건이 필요한 것으로 해석된다.¹⁴⁶⁾ 변호사가 과실로 기업의 부실 기재 등을 알지 못한 경우까지 책임을 지도록 한다면 변호사로서는 위임 계약에서 정한 구체적 법률문제에 한정하여 사무를 처리함에 있어서도 의뢰인 기업의 투자자까지 고려하면서 해당 문제와 조금이라도 관련될 수 있는 모든 서류의 기재 내용을 조사하고, 부실 기재를 방지하기 위한 조치를 취할 과중한 의무를 부담하는 불합리한 결과가 될 것이다.

144) 김홍기, 전계논문(주 88), 332쪽.

145) 1994년 미 연방대법원은 Central Bank of Denver v. First Interstate Bank of Denver 판결에서 1934년 미 증권법 제10조 (b)항 및 SEC 규칙 10b-5 위반에 대하여 교사 및 방조(aiding and abetting) 책임을 물을 수 없다고 하였기에 빈슨 앤 엘킨스에 대해서는 교사 및 방조 책임이 아니라 기업의 증권사기에 대한 ‘공동작성자’로서의 책임이 인정되었다. 상계논문, 337쪽.

146) 안수현, “미국증권법상의 감독자책임”, 서울대학교 법학, 제43권 제1호(2002), 439쪽, 김학석, 전계논문(주 124), 47쪽.

(나) 추가적인 보고의무에 관한 미국의 입법

1) 사베인스 옥슬리법 제307조의 제정

엔론 사건 이후 미국에서는 사베인스 옥슬리법 제307조와 그 위임에 따른 SEC 규칙 제205조가 제정되었다. 이러한 입법은 엄밀한 의미에서 문지기 ‘책임’을 강화하는 것이라기보다 기업변호사에게 부과되는 문지기로서의 ‘의무’의 내용을 추가한 것이라고 보아야 할 것인데, 위법행위에 대한 조력을 중단할 의무위반에 대한 책임을 묻는 것만으로는 기업의 부정이나 비리를 차단하기에 부족하다는 반성적 고려에서 비롯된 것이다.

사베인스 의원이 원래 미 상원에 제안한 법률안에는 변호사에 대한 규제를 강화하는 조문이 포함되어 있지 않았으나, 존 에드워드, 마이클 엔지, 존 코자인 세 명의 상원 의원이 변호사의 문지기 책임을 강화해야 한다는 학계의 의견을 수용하여 제307조(147)의 내용을 포함하는 수정안을 제출하였다.¹⁴⁸⁾ 이 수정안은 상원에서는 만장일치로, 하원에서도 압도적인 표차이로 통과되었으며, 그 핵심 내용은 변호사에게 기업의 위법행위의 증거를 기업의 상부 조직에 보고할 의무를 부과하는 규칙 제정을 SEC에 위임하는 것이었다.¹⁴⁹⁾

147) 제 307조 변호사의 직무 책임 규칙

2002년 7월 30일부터 180일 이내 [증권거래]위원회는, 공익과 투자자 보호를 위하여 발행인의 대리인으로서 어떤 식으로든 [증권거래]위원회에 출두하거나 위원회 관련 사무를 처리하는 변호사를 위한 최소한의 직무 수행 기준(minimum standards of professional conduct)을 담은 규칙을 공포해야 한다. 그것은 다음의 규칙을 포함해야 한다.

(1) 변호사로 하여금 기업이나 그 기관에 의해서 증권법의 중대한 위법이나 신인의무 위반 또는 그와 유사한 위반의 증거를 회사의 법무 책임자나 최고 경영자(또는 그에 상당하는 자)에게 보고하도록 요구하는 규칙

(2) 만약 증거에 대해서 법무 책임자나 최고 경영자가 적절히 반응을 보이지 않는다면 (필요한 경우 위법행위에 대해서 적절한 시정조치를 하거나 제재를 가하는 것), 변호사로 하여금 발행인 이사회의 감사위원회, 또는 발행인에 의해서 직, 간접적으로 고용되어 있지 않은 이사들로만 구성된 이사회의 다른 위원회 또는 이사회에 증거를 보고하도록 요구하는 규칙

148) 골드만삭스의 최고경영자를 지낸 존 코자인 의원은 “오늘날 우리의 기업 환경에서, 경영진들과 회계사들은 매일같이 변호사들과 함께 일을 한다. 변호사는 경영진과 회계사들에 대하여 거의 대부분의 거래와 관련된 자문을 제공한다. 경영진과 회계사들이 위법행위에 연루되었을 때, 그러한 ‘범죄의 현장(at the scene of the crime)’에는 또 다른 사람들이 존재하는데, 주로 그들은 변호사들이기 마련이다”는 발언을 통해 변호사들에 대한 대중적 불신의 분위기를 잘 포착하였다. Coffee(2006), supra note 25, pp.216-7.

149) 15 U.S.C. § 7245(2006).

2) SEC 규칙 제205조의 제정

SEC는 위 법규정의 위임에 따라 규칙 제205조를 제정하였다.

규칙 제205.3조 (b)항 (1)호¹⁵⁰⁾는 변호사가 발행인 기업의 직원, 이사, 종업원, 혹은 그 대리인에 의한 중대한 위법행위의 증거를 발견할 경우, 즉각 발행인 기업의 조직 내 상급자인 법무책임자 또는 최고경영자에게 보고할 의무를 규정하였다. 또 규칙 205.3(b)(2)¹⁵¹⁾는 보고를 받은 법무 책임자에게 실제 그러한 위법행위가 일어났는지 조사하고, 위법행위가 일어나지 않았다고 판단한 경우에는 205.3(b)(1)에 따라 보고한 변호사에 대하여 이유를 덧붙여 그러한 사정을 알려주도록 한다. 법무책임자로서는 그러한 위법행위가 있었다고 인정한다면 발행인 회사가 적절한 대응을 하도록 합리적인 조치를 취하여야 한다. 그리고 규칙 205.3.(b)(3)¹⁵²⁾에 따르면 중대한 위법행위의 증거를 보고한 변호사가 판단하기에 법무책임자 혹은 최고경영자가 적기에 적절한 조치를 취하지 않을 경우, 감사위원회, 독립적인 이사로 구성된 위원회, 혹은 이사회에 대하여 보고를 행하여야 한다.

이 규칙은 문지기로서 변호사가 부담하는 의무의 범위와 한계를 명확히 한다. 일단 이 규칙은 변호사에게 위법행위의 증거를 조사할 의무가 있음을 전제로 하지 않으며, 변호사가 위법행위의 증거가 있음을 ‘알면서도’ 적절한 조치를 취하지 않을 경우에 한하여 책임을 질 수 있다고 규정한다. 또, 이 규칙에 의하여 변호사에게 ‘위법 행위에 대한 조력을 중단할 의무’에 더하여, 보고의무 및 적절한 조치가 취해졌는지 감시하고 판단할 의무가 추가되었다. 그 결과 변호사는 기업의 중대한 위법행위를 알게 될 경우 기업의 의사 결정 담당자, 내부 통제 기구, 법무책임자 중 누군가에게 그러한 우려를 전달하는 것으로 자신의 책임을 면할 수 있게 된다. 따라서 변호사는 굳이 사임하거나, SEC에 그러한 중대한 위법행위 사실을 적극적으로 알리는 등 추가적 조치를 취할 의무는 없다. SEC가 제시한 초안¹⁵³⁾에서는 위법행위에 대한 상부 보고 의무(up-the-ladder)를 규정하는 데 더하여 그러한 보고에 대한 적절한 조치가 취해지지 않을 경우에 대비하여 SEC에 위법 사실을 알리고 사임할 의무, 즉 통지 후 사임 의무¹⁵⁴⁾를 변호사에게 부과하는 내용까지도 담겨

¹⁵⁰⁾ 17. C.F.R. § 205.3(b)(1) (4-1-2011 Edition).

¹⁵¹⁾ 17. C.F.R. § 205.3(b)(2) (4-1-2011 Edition).

¹⁵²⁾ 17. C.F.R. § 205.3(b)(3) (4-1-2011 Edition).

¹⁵³⁾ SEC, Proposed Rule: Implementation of Standards of Professional Conduct for Attorneys, Securities Act Release Nos. 33-8150; 34-46868, (2001. 11. 21.) (available at <http://www.sec.gov/rules/proposed/33-8150.htm>).

있으나 변호사의 비밀유지 의무를 심각하게 침해한다는 이유로 강력한 반발에 부딪치게 되었고, 결국 최종안에서 제외되었다.¹⁵⁵⁾

이 규칙을 해석하는 관건은 결국 변호사의 보고 의무가 발생하는 ‘중대한 위법 행위(material violation)’ 해당 여부를 가려내고, 변호사가 “적기에 적절한 조치가 취해졌는지(an appropriate response within a reasonable time)” 여부를 제대로 판단하였는지를 판별하는 것이 될 것이다. 제205.2조 (b)항¹⁵⁶⁾은 ‘적절한 조치’ 및 ‘중대한 위법행위’의 내용을 정의내리고 있지만, 이 역시 매우 일반적이고 추상적인 내용을 담고 있기 때문에 결국 사안의 사실관계에 따른 SEC의 집행 및 법원의 해석의 문제로 귀결될 것이다.

(2) 우리나라의 경우

(가) 개관

변호사 윤리규칙 제14조 제1항은 “변호사는 의뢰인의 범죄행위 기타 위법행위에 협조하여서는 아니 되고, 직무 수행 중 의뢰인의 행위가 범죄행위 기타 위법행위에 해당한다고 판단된 때에는 즉시 그 협조를 중단하여야 한다.”고 규정하고 있으므로 기업 변호사 역시 의뢰인 기업의 위법행위를 알게 될 경우에는 조력을 중단할 윤리적 책무를 부담한다. 그리고 앞서 살펴본 자본시장법 제125조 제1항 제3호 등과 동법 제178조에 덧붙여 일반·추상적 조항으로서 민법 제760조 제3항 역시 기업의 위법행위에 조력한 변호사에게 문지기 책임을 부과할 수 있는 법적 근거가 될 수 있다. 그러나 아직까지 우리나라에는 변호사에게 의뢰인의 위법행위를 사전에 감시하거나 사후적으로 보고하는 등 적극적인 위법행위 저지의무를 부과하는 조항은 존재하지 아니한다.

아래에서는 우리나라의 현행 법규범 체계 하에서 기업 변호사가 의뢰인 기업의 위법행위에 조력한 데 대해서 민사적 책임을 부담하게 될 상황과 관련된 해석론적

154) 초안에 따르면, 기업 외부 변호사는 회사 내부에서 적절한 조치가 취해지지 않을 경우, 증권거래 위원회에 위법 사실을 알리고, 즉각 사임하고, 자신이 참여하여 작성, 제출한 서류의 효력을 부인해야 한다. 다만 사내 변호사들에게는 통지 및 사임의 의무가 부과되지는 않고, 자신이 참여하여 작성, 제출한 서류의 효력을 부인할 의무만이 요구된다.

155) William H. Volz and Vahe Tazian, “The Role of Attorneys Under Sarbanes-Oxley: The Qualified Legal Compliance Committee as Facilitator of Corporate Integrity”, 43 *American Business Law Journal* 439 (2006) p.441.

156) 17. C.F.R. § 205.2(b) (4-1-2011 Edition).

쟁점들을 살펴보고, 준법지원인제도의 도입과 관련하여 변호사에게 추가적인 보고 의무를 부과하는 문제에 관하여 검토해 보겠다.

(나) 변호사가 부담하는 민사적 책임

1) 자본시장법상의 책임

먼저 자본시장법 제125조 제1항 제3호 등을 본다. 법문상으로는 민법상의 불법 행위 책임과는 달리 가해자의 무과실이 면책요건으로 되어있어 과실의 입증책임이 전환되어 있고, 손해배상액의 추정 제도가 도입되어 있다고 하더라도 실제로 변호사가 이 조항에 근거하여 투자자에 대하여 손해배상책임을 부담하게 될 가능성은 매우 낮다. 동조 제1항 제4호의 “평가·분석·확인”의견을 기재한 자로서 「자산유동화에 관한 법률」(2011. 5. 19. 개정)에 따른 유동화증권 발행시 요구 되는 진정매매에 관한 법률의견을 제공한 변호사의 경우를 제외한다면 공시 관련 서류 작성에 변호사가 직접 관여하는 일이 거의 없기 때문이다.

다음으로 변호사의 법률 사무 처리가 자본시장법 제178조에서 금지되는 유형에 해당되어 동법 제179조에 의한 손해배상책임을 지게 될 상황에 관하여 살펴보겠다. 자본시장법은 제178조 제2항에서 구 「증권거래법」(2008. 3. 21. 개정) 상 일반적인 불공정거래 금지 조항¹⁵⁷⁾인 188조의4 제4항에 규정된 ‘위계’ 개념을 그대로 유지하면서 추가로 제178조 제1항 제1호에서 ‘부정한 수단, 계획 또는 기교’를 사용하는 행위를 폭넓게 금지하고 있어 적용범위가 확대되었다.¹⁵⁸⁾ 따라서 부정한 수단이란 기망의 요소¹⁵⁹⁾가 없는 일반적 사회 통념위반행위를 포함하는 넓은 개념으로 사용될 수 있다. 이러한 취지에 따르면, 의뢰인의 위법행위에 협조하지 않을 윤리적 책임을 부담하는 변호사로서는 금융투자상품의 매매, 그 밖의 거래와 관련하여

157) 김건식, **증권거래법**, 두성사(2004), 279쪽.

158) 김건식·정순섭, **전계서**(주 122), 377-78쪽; 김학석, **전계논문**(주 124) 146-48쪽은 자본시장법 제178조 제1항 제1호를 최초로 적용한 하급심 판례로 서울중앙지방법원 2010. 9. 3. 선고 2010고합280, 282 판결을 들고 있다. 이 판결에서는 투자원리금 보장 약정 및 대여계약을 체결하여 대여금의 회수가 보장된 상태에서 외국인 투자전문계좌를 이용하여 A, B 두 회사의 주식을 장내에서 매수함으로써 마치 해외펀드가 정상적으로 투자위험을 감수하면서 주식을 매수한 듯한 외양을 갖추는 위계를 사용한 것이 인정되었다.

159) 대법원은 구 증권거래법 제188조의4 제4항의 ‘위계’란 “거래 상대방이나 불특정 투자자를 기망하여 일정한 행위를 유인할 목적의 수단, 계획 기교” 등을 의미한다고 판시한 바 있다. 대법원 2008. 5. 15. 선고 2007도11445 판결(소위 ‘헤르메스 사건’).

의뢰인 기업의 위법행위에 계속 조력하였다면 동 조항에서 금지하는 ‘부정한 수단’을 사용한 것으로 해석될 여지는 존재한다.

그렇지만 설령 변호사의 행위가 ‘부정한 수단의 사용’에 해당하더라도 변호사에게 손해배상 책임을 부과하기 위해서는 주관적 요건이 입증되어야 할 것이다.¹⁶⁰⁾ 자본시장법 제179조에 따른 책임을 묻기 위해서는 제178조 위반에 해당하여야 하고, 제178조는 형벌법규로서 고의를 요구한다고 보아야 할 것이므로, 변호사가 스스로 부정한 수단을 사용하여 위법한 행위를 하였거나 의뢰인 기업의 위법행위를 변호사가 알았을 경우에 한정하여 손해배상책임을 묻는 방식으로 제도를 운영해야 할 것이다. 변호사는 어디까지나 의뢰인 기업이 제공하는 자료에 근거하여 위임된 법률사무를 처리하기 때문에 위임된 법률사무의 범위를 벗어난 경우에 대해서나, 기업이 변호사가 모르게 위법 행위를 계획하고 실행한 경우에까지 변호사에게 의뢰인 기업의 위법행위를 조력한 데 대한 손해배상 책임을 묻는 것은 바람직하지 않을 것이다. 이는 미국 1934년 증권거래법제10조 (b)항의 위임에 따라 제정된 SEC 규칙 10(b)-5를 적용함에 있어서 고의(scienter)를 요건으로 하는 것과 사실상 마찬가지로 생각된다.

2) 민법 제760조 제3항의 공동불법행위 책임

현행법상 기업 변호사의 행위가 위 자본시장법 규정에 포섭되지 않을 경우, 의뢰인 기업의 위법행위를 조력한 결과 손해를 본 제3자에 대해 책임을 부담시키기 위해서는 민법상의 공동불법행위 책임에 해당하는지 여부를 가릴 수밖에 없다. 민법 제760조 제3항에서는 교사자나 방조자는 공동행위자로 본다고 규정하고 있기 때문이다. 특히, 우리 민법상 과실을 원칙적으로 고의와 동일하게 취급하고 있기 때문에 법리적으로는 변호사가 ‘과실에 의한 방조’ 책임을 질 수도 있게 될 것이다.

이와 관련하여 우리 대법원은 민법 제760조 제3항에 따른 책임의 경우, 과실의 내용은 “불법행위에 도움을 주지 않아야 할 주의의무가 있음”을 전제로 하여 이 의무에 위반하는 것을 의미한다고 하여 공동불법행위 책임 성립의 범위를 제한하고 있다.¹⁶¹⁾ 아직까지 우리나라에서는 기업 변호사가 기업의 위법행위에 조력한 데

¹⁶⁰⁾ 과실범에 대한 처벌 규정이 없으므로 동법 제178조 위반에 따른 형사 처벌을 가함에 있어서는 모든 구성요건 요소에 대한 고의가 입증되어야함은 당연한 것이다. 김학석, 전계 논문(주 124), 187-89쪽.

¹⁶¹⁾ 대법원 2000. 4. 11. 선고 99다41749 판결.

대해 공동불법행위책임을 추궁당한 사례를 찾아보기는 어렵다. 따라서 현재로서는 변호사가 의뢰인의 위법행위를 명백하게 알기 전에 법적 조력을 행한 데 대한 책임을 묻기 위한 전제로서 주의의무의 존부와 그 위반 여부를 판별한 기준은 명확하지 않다. 다만 우리나라 변호사 윤리규칙 제14조 제1항의 규정을 감안한다면, 변호사가 의뢰인의 위법 사실을 알고 난 후에는 그러한 주의의무가 발생한다고 보아야 할 것이다.

영국의 사례를 참조하자면, 불법행위 책임에 있어서 변호사에게 그러한 주의의무의 존재를 인정하기 위해서는, 손해배상 청구권자의 손해가 변호사의 작위 또는 부작위로부터 합리적으로 예견 가능한 결과로서 발생하였는지, 당사자들 간에 밀접한 관계에 있었는지, 주의의무를 부과하는 것이 공평과 정의에 부합하고 합리적인 것인지, 해당 사건이 기존에 주의의무가 인정되었던 사건과 유사성이 있는지, 변호사가 자발적으로 그러한 책무(responsibility)를 부담하였는지 등을 종합적으로 고려해야 할 것이다.¹⁶²⁾ 이러한 기준에 따라 판단한다면 변호사가 법률 의견을 제공하면서 의뢰인으로부터 제공받은 특정한 정보와 자료에 기초하였다는 점을 명시하고, 그 범위를 벗어나는 부분에 대해서 책임을 지지 않겠다는 면책 조항을 두는 등의 방법을 통하여 변호사는 의뢰인의 불법행위에 대한 과실에 의한 방조책임을 부담하여야 할 주의의무로부터 벗어날 수 있을 것이다.

(다) 변호사에 대한 추가적인 보고의무의 부과

1) 준법지원인제도의 도입과 관련하여

변호사 자치규범을 포함한 현행 법제도 하에는 변호사가 의뢰인 기업이나 소속 기업의 위법행위를 사전적으로 감시하고, 사후적으로 보고 조치를 취할 의무 등을 부과하는 규정은 존재하지 않는다. 자본시장법 제28조, 은행법 제23조의3, 보험업법 제17조등에서는 금융기관에 대하여 준법감시인을 두도록 하고 있으나, 준법감시인의 자격이 변호사의 직역에 한정된 것은 아니다.

2011. 4. 14. 개정된 상법 제542조의13은 일정규모 이상의 상장회사에 대하여 1명 이상의 준법지원인을 두도록 하고 있다(동조 제2항). 준법지원인의 구체적인 자격 요건은 대통령령에서 정하도록 하고 있으나(동조 제12항) 동조 제5항 제1호에서 기본적으로 변호사의 자격을 갖춘 자를 요구하고 있으므로, 문지기로서 역할 수행이 기대되는 변호사가 부담하는 구체적인 의무와 관련하여 특히 주목해야 할 제도

¹⁶²⁾ Loughrey, supra note 52, pp.198-9.

이다.

위 조문에 따르면 준법지원인은 준법통제기준의 준수 여부를 점검하여 이사회에 보고할 의무를 부담하며(동조 제3항),¹⁶³⁾ 선량한 관리자의 주의로서 그 직무를 수행해야 한다(동조 제7항). 나아가 준법지원인은 재임 중 뿐만 아니라 퇴임 후에도 직무상 알게 된 회사의 영업상 비밀을 누설하여서는 아니 된다(동조 제8항). 특히 동조 제8항은 변호사의 직무상 비밀유지 의무를 고려하여 규제 당국 등에 대한 외부 보고 의무를 제외한 것과는 별개로, ‘영업상 비밀의 누설 금지’를 명문화함으로써 변호사법 제26조 또는 변호사 윤리규칙 제23조등 변호사의 비밀유지의무의 예외 규정과 충돌할 여지가 있다. 따라서 준법경영을 도모한다는 제도의 본래적 취지를 고려하여 ‘영업상 비밀’의 범위에 ‘법위반 사실’ 등을 포함시키지 않는 등 적용상의 기준을 마련할 필요성이 존재할 것이다.

위 개정 상법 조문상으로는 준법지원인이 이러한 의무를 위반할 경우 누구를 상대로 어떠한 책임을 부담하게 될지 명시적으로 규정되지 않았다. 따라서 준법지원인이 회사에 대한 책임과는 별도로 제3자에 대한 손해배상 책임을 부담하는지 여부에 관해서는 제도가 운용되는 양상을 지켜보아야 할 것이다. 현행 「상법」(2010. 5. 14. 개정) 제401조의2(업무집행지시자), 제415조(감사)와 집행임원 및 집행임원에 대한 업무집행지시자의 책임을 규정한 2011. 4. 14. 개정상법 제408조의8, 제408조의9 등과 같은 명시적인 근거 조문이 없기 때문에 상법상 준법지원인이 제3자에 대한 손해배상 책임을 부담한다고 보기는 어려울 것이다.

2) 준법지원인 이외의 사내 변호사 및 외부 변호사의 경우

준법지원인은 의무와 책임에 상응하여 그 임기가 보장되고(2011. 4. 14. 개정 상법 제542조의13 제6항), 직무 수행상의 독립성이 존중되며, 임직원들에 대하여 자료나 정보 제출을 요구할 권한을 보유한다(동조 제9항). 반면, 준법지원인 이외의 사내 변호사들에게는 그러한 독립성 및 권한이 보장되지 않으며, 기업 경영진의 의사 결정을 실무적으로 집행하는 역할을 담당하는 경우도 많기 때문에 이들 모두에게 준법지원인과 같은 수준의 적극적인 보고의무를 부과할 수는 없을 것이다. 사내 변호사로 하여금 담당하는 사건의 처리와 관련하여 위법 행위를 발견할 경우

¹⁶³⁾ 금융기관의 감사위원회 또는 감사에 대하여 내부통제기준 위반 여부를 보고할 의무를 부담하는 준법감시인 제도에 비교할 때, 상장회사의 준법지원인은 그 권한과 의무가 강화되었음을 알 수 있다.

상부 조직에 보고하거나, 준법통제기준에 따라 기업의 법규 준수 여부를 일상적으로 점검하는 문지기로서의 역할을 수행하도록 기대할 수 있겠으나, 아직까지 그러한 보고의무를 법적인 의무로 부과할 명시적인 근거가 마련되지는 않았다.

기업 조직 외부에서 기업을 조력하는 변호사들 또한 위법행위를 감시하고 위법 행위 발생시 의뢰인 기업에 대하여 보고하고 적절한 조치를 요구할 법적인 의무를 부담하지는 않는다. 아직 우리는 사베인스 옥슬리법에 따른 SEC 규칙 제205조와 같이 기업의 위법행위에 대한 기업 조직 내 상부 보고 의무를 부담하는 변호사의 범위를 광범위하게 규정한 근거 법규가 존재하지 않기 때문이다.

요컨대, 현행법의 해석론상으로는 준법지원인을 제외한 사내변호사 및 외부 변호사가 위법행위 발견시 기업 조직 내 상부 보고 의무를 부담한다고 보기는 어렵다. 그렇지만, 우리나라에서도 입법론상으로 사내변호사 또는 외부 변호사가 기업의 위법행위를 알게 된 이후에는 그러한 사실을 기업 조직 내 상위기관에게 알리고, 적절한 조치를 요구하는 등의 의무를 부담하게 하는 방안도 검토해 볼 수 있겠다.

V. 결 론

이 글에서는 미국의 논의를 중심으로 기업 변호사의 문지기 책임론에 대해 살펴 보고, 그러한 논의를 우리나라에서 적용함에 있어서 고려해 보아야 할 몇 가지 쟁점들을 검토해 보았다. 우리나라의 현행 법규범상으로도 기업 변호사의 문지기 책임의 근거가 될 수 있는 조항들이 일부 존재하긴 하지만, 기업 변호사가 문지기로서의 역할을 수행하지 못하는데 대해 법적인 책임을 묻기가 실질적으로 어렵다는 점을 알 수 있었다.

미국 학계에서 변호사의 문지기 책임과 관련된 논의가 가장 활발히 진행되었던 시기는 2001년 엔론 사건 직후였다는 점에 비추어, 우리나라에서도 변호사가 의뢰인의 위법행위에 조력하거나 가담하는 사례가 발생하고 있는 현실을 감안하여 기업 변호사에게 문지기 책임을 부과함으로써 의뢰인 기업의 위법행위를 억지하도록 하는 방안을 진지하게 검토해 볼 수 있을 것이다.¹⁶⁴⁾ 다만, 그 책임 부과와 실정법

¹⁶⁴⁾ 이상수(2008), 전계논문(주 5)은 김용철 변호사의 내부 고발 사건을 계기로 사베인스 옥슬리법 및 미 증권거래위원회 규칙, ABA의 표준 규칙 개정을 소개하고, 우리나라에서 기업 변호사 관련 규범 정립의 필요성을 역설한 바 있다. 백승재, 전계논문

상 근거를 마련할 때에는, 기업 변호사가 직무 수행상 부담하는 의무의 내용과 한계를 적정하게 설정하여 효율적인 위법행위 억제 전략으로서 본래의 기능을 발휘할 수 있도록 주의를 기울여야 할 것이다.

변호사에게 문지기 책임을 부과하는 목적은 어디까지나 의뢰인 기업의 위법행위를 억제하는 것이지 기업 변호사들에 대한 규제와 통제를 강화하는 것이 아님은 여러 차례 강조하였다. 즉, 기업 변호사가 부담하는 문지기 책임은 어디까지나 2차적인 책임인 것이므로 1차적인 위법 행위자에 대한 엄정한 법집행이 전제되어야 할 것이다. 또한 문지기로서 기업 변호사가 부담해야 하는 의무의 내용을 정함에 있어서도 변호사법 및 변호사 윤리규칙상 비밀 유지 의무와의 관계 등을 철저히 고려하여야 할 것이다. 나아가, 기업 변호사가 제3자에 대해서 부담하는 의무의 수준과 책임의 범위는 송무변호사가 의뢰인 외의 제3자, 즉 소송행위의 상대방이나 사법제도 전체에 대해서 부담하는 의무의 수준 및 책임의 범위와 균형을 이루어야 할 것이다.

| | | |
|----------------|------------------|------------------|
| 투고일 2011. 8. 9 | 심사완료일 2011. 9. 1 | 게재확정일 2011. 9. 8 |
|----------------|------------------|------------------|

(주 2)은 변호사를 자본시장에서 문지기 책임을 부담하는 다양한 주체들 가운데 하나로 소개하면서도, 외부감사인, 증권인수인, 신용평가사에 한정하여 논의를 진행하였다.

참고문헌

- 고창현·김연미, “기업회계 관련법의 분석과 평가” BFL 제4호 (2004.3).
- 김건식, “기업변호사의 역할과 윤리” 서울대학교 법과대학 편, **법률가의 윤리와 책임** (2003).
- _____, **증권거래법** (두성사, 2004).
- 김건식·정순섭, **자본시장법(제2판)** (두성사, 2010).
- 김선정, “미국에 있어서 공개법인 파산사태와 이에 대한대응 - 엔론 사건의 경위를 중심으로”, **상사판례연구** 제14권 (2003).
- 김학석, 금융투자상품의 부정거래행위에 관한 연구, 고려대학교 박사학위논문 (2010).
- 김홍기, “미국법상 회계사, 변호사 등 전문가의 증권사기책임 -미국의 1934년 증권거래법 제10조 (b)항 및 Rule 10b-5를 중심으로”, **부산대학교 법학논총** 제45권 제1호 (2004).
- 대한변호사협회, **한국변호사백서 2010** (2010).
- 박준, “상장법인의 투자자에 대한 손해배상책임과 기업의 대응방안 - Escott v. BarChris Construction Corporation을 중심으로-”, **상장협** 1992 추계호 (1992).
- _____, “서브프라임 대출관련 금융위기의 원인과 금융법의 새로운 방향 모색” **국제거래법연구** 제17집 제2호 (2008).
- _____, “우리나라 상사법 교육의 방향과 과제”, **상사법연구** 제30권 제1호 (2011).
- _____, **판례 법조윤리** (소화, 2011).
- _____, “파생금융거래와 법”, 사법연수원, **2011년도 증권거래와 기업금융의 이해** (2011).
- 백승재, “자본시장법 도입에 따른 기업감시자책임(Gatekeeper liability)에 대한 고찰”, **증권법연구** 제11권 제3호 (2010).
- 백정웅, “사베인스-옥슬리 법의 비판적 고찰”, **상사판례연구** 제15권 (2003).
- 송옥렬, **상법강의** (홍문사, 2011).
- 안수현, “미국증권법상의 감독자책임”, **서울대학교 법학** 제43권 제1호 (2002).
- 안태준, 주식회사 외부감사인의 제3자에 대한 손해배상책임의 제한에 관한 연구, 서울대학교 석사학위논문 (2003).
- 오성근, “미국의 회계(제도) 개혁법상 증권변호사에 대한 규제와 시사점” **인권과**

정의 제381권 (2008).

이상수, “미국 법규상 기업 내 위법행위와 기업변호사 윤리 그리고 그 함의”, **서울대학교 법학** 제49권 제4호 (2008).

_____, **법률가의 윤리와 책임** (서강대학교 출판부, 2009).

임재연, **미국증권법** (박영사, 2009).

_____, **자본시장법** (박영사, 2010).

정순섭, “불공정거래법제의 현황과 해석론적 과제” **BFL** 제43호 (2010.9).

최승재, “자본시장법 제178조 제1항 제1호에 대한 연구” **금융법연구** 제6권 제2호 (2009).

한인섭 · 한상희 · 김재원 · 이상수 · 김희수 · 김인회, **법조윤리** (박영사, 2010).

Vincent C. Alexander, “The Corporate Attorney-Client Privilege: A Study of The Participants”, 63 *St. John's Law Review* 191 (1989).

American Bar Association, “Re: File No. S7-45-02 Release Nos. 33-8150;34-46868; IC-25829 ImplementationofStandardsofProfessionalConductforAttorneys”, (2002.2.18.) (available at <http://www.sec.gov/rules/proposed/s74502/apcarlton1.htm>).

Neal Batson, *Final Report* (available at http://www.enron.com/media/Final_Report_Neal_Batson.pdf).

Stephen Choi, “Market Lessons for Gatekeepers”, 92 *Northwestern University Law Review* 916 (1998).

John C. Coffee Jr., *Gatekeepers: the Profession and Corporate Governance* (Oxford University Press, 2006).

_____, “The Attorney As Gatekeeper: An Agenda for the SEC” 103 *Columbia Law Review* 1293 (2003).

_____, Understanding Enron; “It’s about the Gatekeepers, Stupid” 57 *Business Lawyers* 1403 (2002).

Christopher Cox, “Address to the 2007 Corporate Counsel Institute” (2007.3.8.) (available at <http://www.sec.gov/news/speech/2007/spch030807cc.htm>).

Commission of the European Communities, “The application to the legal profession of Directive 91/308/EEC on the prevention of the use of the financial system for the purpose of money laundering” Commission Staff Working Document, SEC (2006) 1793 (available at http://ec.europa.eu/internal_market/company/

docs/financial-crime/lawyers_en.pdf).

- Roger C. Cramton, George M. Cohen, Susan P. Koniak, “Legal and Ethical Duties of the Lawyers After Sarbanes-Oxley”, 49 *Villanova Law Review* 725 (2004).
- William H. Dorton, “Corporate Gatekeepers: An Examination of the Transactional Lawyer’s Role”, 99 *Kentucky Law Journal* 555 (2011).
- Ronald J. Gilson, “The Devolution of the Legal Profession: A Demand Side Perspective” 49 *Maryland Law Review* 869.
- Robert W. Gordon, “A New Role For Lawyers? The Corporate Counselor After Enron”, 35 *Connecticut Law Review* 1185 (2003).
- Assaf Hamdani, “Gatekeeper Liability”, 77 *Southern California Law Review* 53 (2003).
- Ben W. Heineman, Jr., “Caught in the Middle”, *Corporate Counsel* (2007.4)
- Sung-hui Kim, “The Banality of Fraud: Re-situating the Inside Counsel as Gatekeeper”, 74 *Fordham Law Review* 983 (2005).
- _____, “Gatekeepers Inside Out”, 21 *Georgetown Journal of Legal Ethics* 419 (2008).
- _____, “Lawyer Exceptionalism”, 63 *SMU Law Review* 85 (2010).
- _____, “Naked Self-Interest? Why the Legal Profession Resists Gatekeeping”, 63 *Florida Law Review* 129 (2011).
- Susan P. Koniak, “The Law Between the Bar and the State”, 70 *North Carolina Law Review* 1389 (1992).
- _____, “When Court Refuse to Frame the Law and Others Frame it”, 66 *Southern California Law Review* 1019 (1993).
- _____, “Corporate Fraud: See, Lawyers”, 26 *Harvard Journal of Law and Public Policy* 195 (2003).
- _____, “When the Hurleyburley’s Done”, 103 *Columbia Law Review* 1239 (2003).
- Reinier H. Kraakman, “Gatekeepers; The Anatomy of a Tird-Party Enforcement Strategy” 2 *Journal of Law, Economics & Organization* 53 (1986).
- John Loughrey, *Corporate Lawyers and Corporate Governance* (Oxford University Press, 2011).
- Lewis D. Lowenfels, Alan R. Bromberg and Michael J. Sullivan, “Attorneys as

- Gatekeepers: SEC Actions Against Lawyers in the Age of Sarbanes-Oxley”
37 *University of Toledo Law Review* 877 (2006).
- Peter B. Oh, “Gatekeeping”, 29 *Journal of Corporation Law* 735 (2004).
- D. M. Osborne, “The Great Plaque: Stock Option Backdating scandals have taken down a record number of GCs”, *Corporate Counsel* vol. 14. issue. 1 (2007.9).
- Christine E. Parker, Robert E. Rosen and Vibeke L. Nielson, “The Two Faces of Lawyers; Professional Ethics and Business Compliance With Regulation” 22 *Georgetown Journal of Legal Ethics* 201 (2009).
- Frank Partnoy, “Barbarians at the Gatekeepers? : A Proposal for A Modified Strict Liability Regime”, 79 *Washington University Law Quarterly* 498 (2001).
- _____, *Infectious Greed: How Deceit and Risk Corrupted the Financial Markets* (Times Books, 2003).
- Sue Reisinger, “The First One to Go : Kent Roberts, McAfee’s former top lawyer” *Corporate Counsel* vol.15. issue. 2 (2008. 2).
- Deborah L. Rhode, “Moral Counseling”, 75 *Fordham Law Review* 1317 (2006).
- Thomas Ross, “Lawyers and Fraud: A Better Question”, 43 *Washburn Law Journal* 45 (2003).
- Mark A. Sargent, “Lawyers in the Perfect Storm”, 43 *Washburn Law Journal* 1 (2003).
- Jessy Seyfer, “The SEC Lands a Big One: After a long investigation, Apple’s ex-GC is finally charged with stock option backdating” *Corporate Counsel* vol. 14. issue. 6 (2007. 6).
- William H. Simon, “After Confidentiality; Rethinking the Professional Responsibilities of the Business Lawyer”, 75 *Fordham Law Review* 1453 (2006).
- Sullivan & Cromwell, “RE; Proposed Rules Relating to Implementation of Standards of Professional Conduct of Attorneys”, (2002.2.18.) (available at <http://www.sec.gov/rules/proposed/s74502/sullivan1.htm>).
- U.S. Securities and Exchange Commission, Litigation Release : Securities Exchange Act Of 1934 Release No. 48230 (2003.7.28.) (available at <http://www.sec.gov/litigation/admin/34-48230.htm>).
- _____, Litigation Release No. 18252 (2003.7.28.) (available at <http://www.sec.gov/>)

- litigation/litreleases/lr18252.htm).
- U.S. Securities and Exchange Commission, Complaint: J.P. Morgan & Co. (2003.7.28.)
(available at <http://www.sec.gov/litigation/complaints/comp18252.htm>).
- _____, Press Release No. 2003-87. (2003.7.28) (available at <http://www.sec.gov/news/press/2003-87.htm>).
- _____, Litigation Release No. 18896 (2004.9.24.) (available at <http://www.sec.gov/litigation/litreleases/lr18896.htm>).
- _____, Complaint: John E. Isselmann, Jr. (2004.9.21.) (available at <http://www.sec.gov/litigation/complaints/comp18896b.pdf>).
- _____, Litigation Release No. 20086 (2007.4.27) (available at <http://www.sec.gov/litigation/litreleases/2007/lr20086.htm>).
- _____, Complaint: Nancy R. Heinen and Fred D. Anderson (2007.4.23) (available at <http://www.sec.gov/litigation/complaints/2007/comp20086.pdf>).
- _____, Litigation Release No. 20683 (2008.8.14) (available at <http://www.sec.gov/litigation/litreleases/2008/lr20683.htm>).
- _____, Litigation Release No. 20020 (2007.2.28.) (available at <http://www.sec.gov/litigation/litreleases/2007/lr20020.htm>).
- _____, Final Rule: Implementation of Standards of Professional Conduct for Attorneys, Securities Act Release No.33-8185, Exchange Act Release No. 34-47276, Investment Company Act Release No. 25,919, 68 Fed Reg. 6296, 6305, (2003.2.6.) (available at <http://www.sec.gov/rules/final/33-8185.htm>)
- _____, Proposed Rule: Implementation of Standards of Professional Conduct for Attorneys, Securities Act Release Nos. 33-8150; 34-46868, (2001.11.21.) (available at <http://www.sec.gov/rules/proposed/33-8150.htm>).
- John K. Villa, "In-house Counsel and Backdating: What Will They Criminalize Next?" *ACC Docket* (2008.1).
- William H. Volz and Vahe Tazian, "The Role of Attorneys Under Sarbanes-Oxley: The Qualified Legal Compliance Committee as Facilitator of Corporate Integrity", 43 *American Business Law Journal* 439 (2006).
- Christopher Whelan, "Some Realism About Professionalism: Core Values, Legality, and Corporate Law Practice", 54 *Buffalo Law Review* 1067 (2007).

<Abstract>

Review of the Gatekeeper Liability of Corporate Lawyers

Kim, Jung-Yeun*

In the United States, there have been a series of corporate scandals surrounding the lawyers who aided or abetted illegal activities committed by their clients. The cases against National Student Marketing Corporation (1970's), Enron Corporation (2001), and the Stock option backdating scandal (2007) can be marked as the most representative examples, inter alia, related to this issue. Especially in the aftermath of the Enron crisis, the largest corporate accounting fraud scandal in the U.S. history, lawyers were severely blamed not only for their failing in preventing business corruption, but even for their leading roles in corporate illegal activities. Concerning the matter on self-reflection, the U. S. Senate enacted Section 307 of the Sarbanes-Oxley Act, followed by Part 205 of the U. S. Securities and Exchange Commission (SEC) Federal Regulations, as an effort to enhance the standard of professional obligations of corporate lawyers.

In such a case of corporate misconduct, the concept of 'gatekeeper liability' theorizes that liability should be imposed on professional 'gatekeepers' (e.g. auditors, corporate lawyers) who are able to disrupt illegal acts by their supervision. Gatekeeper liability theory is formulated by prof. Reinier Kraakman in the 1980's, and then developed by prof. John C. Coffee, Jr.'s study in the early 2000's; it is explained as "legal regime that imposes civil or criminal sanctions on gatekeepers who failed to withhold support." The gatekeeper liability regime will be an effective method of maintaining fair, orderly and efficient market by deterring corporate misconduct.

The idea of imposing gatekeeper liability on corporate lawyers met with the counterargument that it is against the traditional professional ethics based on a model of 'zealous advocate'. However, this objection seems to be inappropriate considering

* Student, School of Law, Seoul National University.

the change in the legal service market environment for firm lawyers in recent days. Therefore, corporate lawyers can have gatekeeping obligations as well as other professionals. We just have to design a specific scheme to be allowably enforced and set a reasonable limit on the scope of liability in order that the gatekeeper liability regime can function effectively, seeing a distinction between legal obligation and ethical responsibility.

In Korea, similar cases are also coming into question since there are some lawyers supporting or participating in corporate or managerial misconduct. Thus, this issue of gatekeeper liability needs to be discussed with the purpose of preventing corporate misconduct involved with corporate lawyers. Moreover, the making process of the Rules of Conducts for in-house lawyers is knowingly on its way, catching up with the compliance officer system which will be put into effect in 2012. However, a lively debate on lawyers' gatekeeper liability is yet to be in progress neither in the academia nor in the business field in Korea. Now with the arguments and the cases in the United States introduced in this article, it would be possible for us to start the deeper discussion in interpretative & legislative dimensions.

Keywords: corporate lawyer, gatekeeper liability, compliance officer, Enron, Sarbanes-Oxley Act