

August 2, 2024

## 내부조사 목적 임직원 인터뷰시 변호사 비밀유지특권 (privilege) 관련 유의점

법무법인(유한) 태평양의 『미국 규제 따라잡기』는 우리 기업에 가장 큰 영향을 미치는 미국 법령, 정책 및 집행 등 규제 동향을 모니터링하여 이에 관한 최신 정보를 정부, 기업, 관계 기관에 제공합니다.

최근 국내 기업의 경우에도 미국을 비롯한 해외 규제기관의 집행사건과 관련하여 내부조사를 수행하는 경우가 늘어나고 있습니다. 이때 우리나라와 달리 미국 등 보통법(Common law)상 변호사와 의뢰인 사이의 비밀유지특권(attorney-client privilege, "변호사-의뢰인 특권") 및 업무성과물 원칙 (attorney work-product doctrine)에 따른 특유의 고려사항이 존재할 수 있으므로 주의가 필요합니다.

이번 Legal Update에서는 특히 내부조사시 임직원 인터뷰와 관련하여 변호사-의뢰인 특권과 업무성과물 원칙을 유지하기 위한 유의사항에 대하여 살펴보도록 하겠습니다.

### I. 변호사-의뢰인 특권 및 업무성과물 원칙의 주요 개념

변호사-의뢰인 특권을 명시적으로 인정하지 않고 있는 우리나라와는 달리, 보통법계에 속하는 미국은 변호사-의뢰인 간 특권을 인정할 뿐만 아니라 소송에 대비하기 위하여 작성한 자료의 경우 업무성과물 원칙에 기하여 문서공개(discovery) 대상에서 제외하고 있습니다.

**변호사-의뢰인 특권**은 (1) 변호사와 의뢰인 간에 (2) 법률 자문이나 도움을 받기 위한 목적으로 (3) 비밀리에 이루어진 의사소통(communication)에 대해 적용됩니다.<sup>1</sup>

한편, 소송이나 재판을 대비해 준비된 문서 및 자료는 **업무성과물 원칙**에 따른 보호를 받습니다. 변호사가 소송을 대비해 작성한 자료(materials prepared in anticipation of litigation)가 주요 적용 대상이지만, 변호사의 지시에 따라 제3자가 소송을 대비해 준비한 자료나 의뢰인이 준비한 자료 또한 업무성과물 원칙의 보호를 받을 수 있습니다.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> *United States v. Richard Roe, Inc.*, 68 F.3d 38 (2d Cir. 1995) ("The privilege applies so that (1) [w]here legal advice of any kind is sought (2) from a professional legal adviser in his capacity as such, (3) the communications relating to that purpose, (4) made in confidence (5) by the client [...]"); *United States v. Kovel*, 296 F.2d 918 (2d Cir. 1961)

<sup>2</sup> *United States v. Nobles*, 422 U.S. 225, 238-39 (1975).

업무성과물 원칙이 적용되는 자료 중 변호사의 인상, 결론, 견해 또는 법적 이론 (impressions, conclusions, opinions or legal theories)에 대한 자료는 보다 강력히 보호되며, 그 외의 자료는 공개를 요청하는 당사자에게 필요하며(substantial need) 부당한 곤란(undue hardship) 없이는 다른 경로로 입수할 수 없음을 입증하는 경우가 아니라면 문서공개(discovery) 대상에서 제외됩니다.<sup>3</sup>

## II. 내부조사 목적 임직원 인터뷰 시 유의점

내부조사시 사실관계 파악을 위하여 관련 임직원과 인터뷰를 진행하는 경우, 인터뷰 내용에 대해서 차후 미국에서의 소송이나 조사 가능성을 대비하여 변호사-의뢰인 특권을 유지할 필요가 있습니다.

Upjohn Co. vs. United States 사건에서, 미국 연방 대법원은 특정한 상황에서는 회사가 의뢰인으로써 보유하는 변호사-의뢰인 특권이 회사 직원과 변호사 간 의사소통에도 적용된다고 하면서 이를 판단함에 있어 아래와 같은 다섯 가지 기준을 제시하였습니다.

- (1) 해당 의사소통이 법률 자문을 받기 위한 목적으로 회사의 고위 임원의 지시에 따라 이루어졌는지 여부
- (2) 해당 의사소통이 경영진으로부터는 얻을 수 없는, 법률 자문을 제공하는 데 필요한 정보를 포함하고 있는지 여부
- (3) 의사소통의 내용이 해당 직원의 직무 범위 내에 있는지 여부
- (4) 직원이 회사가 법률 자문을 받기 위한 목적으로 해당 의사소통이 이루어졌다는 것을 알고 있었는지 여부
- (5) 직원의 상사가 당해 의사소통을 비밀로 유지하라고 명령했는지 여부, 즉 해당 의사소통이 당시 비밀로 간주되었고 그 후에도 비밀로 유지되었는지 여부<sup>4</sup>

<sup>3</sup> **Federal Rules of Civil Procedure, Rule 26(b)(3)** ("Subject to the provisions of subdivision (b)(4) of this rule, a party may obtain discovery of documents and tangible things otherwise discoverable under subdivision (b)(1) of this rule and prepared in anticipation of litigation or for trial by or for another party or by or for that other party's representative (including the other party's attorney, consultant, surety, indemnitor, insurer, or agent) only upon a showing that the party seeking discovery has substantial need of the materials in the preparation of the party's case and that the party is unable without undue hardship to obtain the substantial equivalent of the materials by other means. In ordering discovery of such materials when the required showing has been made, the court shall protect against disclosure of the mental impressions, conclusions, opinions, or legal theories of an attorney or other representative of a party concerning the litigation." [emphasis added])

<sup>4</sup> **Upjohn Co. v. United States**, 449 U.S. 383 (1981), at 394-96.

이러한 조건이 모두 충족되는 경우 일반적으로 회사의 변호사와 직원 간의 의사소통이 회사의 변호사-의뢰인 특권 범위 내에 있는 것으로 간주됩니다.

이를 위하여 통상적으로 내부조사 목적의 임직원 인터뷰시 회사 측에서는 소위 Upjohn warning이라고 하여 (1) 회사의 대리인이 직원을 대리하지는 않으며, (2) 해당 면담은 회사가 법적 조언(legal advice)을 구하기 위하여 이루어졌고, (3) 면담 자료는 변호사-의뢰인(회사) 특권의 대상이며 (4) 면담 대상자의 대리인 외의 제3자에게는 비밀로 유지되어야 하되, (5) 회사는 특권을 포기하고 정부 등 제3자에게 면담 관련 자료를 제공할 수 있다는 점을 면담 시작 전 명시적으로 고지합니다.<sup>5</sup>

나아가 내부조사를 통해 작성된 자료에 변호사-의뢰인 특권이나 업무성과물 원칙이 적용되도록 하기 위해서 임직원 인터뷰는 외부 변호사가 진행하도록 하는 것이 안전합니다.<sup>6</sup>

한편 인터뷰를 그대로 녹음한 자료는 순수한 사실의 전달로 취급되어 업무성과물 원칙의 적용 범위에서 배제될 수 있습니다.<sup>7</sup> 따라서 내부조사 결과물에 대하여 업무성과물 원칙이 적용되도록 하기 위해서는 변호사가 면담 내용에 본인이 받은 인상과 의견을 더하여 서면을 작성하고 이를 명시적으로 기재하는 것이 바람직합니다.

### III. 결어

내부조사 중 생성된 자료가 변호사-의뢰인 특권 및 업무성과물 원칙의 적용 대상이 되도록 하기 위해서는 해당 특권 및 원칙의 범위에 대하여 숙지하고, 면담 대상자에게 적절한 통지를 하여야 합니다. 미국 정부기관의 조사에 대응하기 위하여 선제적으로 내부조사를 진행하는 기업의 경우 이와 관련된 실무 관행을 점검할 필요가 있습니다.

5 Practical Law Securities Litigation & White Collar Crime, *Internal Investigations: Giving Upjohn Warnings*, 2024, [https://1.next.westlaw.com/Document/lfb2c9c3a723411e79bef99c0ee06c731/View/FullText.html?originationContext=document&transitionType=DocumentItem&ppcid=e590ac1d79384ee9bca0f02bad3f328f&contextData=\(sc.RelatedInfo\)&isplc=true&firstPage=true](https://1.next.westlaw.com/Document/lfb2c9c3a723411e79bef99c0ee06c731/View/FullText.html?originationContext=document&transitionType=DocumentItem&ppcid=e590ac1d79384ee9bca0f02bad3f328f&contextData=(sc.RelatedInfo)&isplc=true&firstPage=true) (last accessed on 30 July 2024), at 6.

6 *Upjohn Co. v. United States*, 449 U.S. 383 (1981) at 396 (“While it would probably be more convenient for the Government to secure the results of petitioner’s internal investigation by simply subpoenaing the questionnaires and notes taken by petitioner’s attorneys, such considerations of convenience do not overcome the policies served by the attorney-client privilege” [emphasis added]).

7 Federal Rules of Criminal Procedure Rule 26.2(a), (f)(2) (“(a) Motion to Produce. After a witness other than the defendant has testified on direct examination, the court, on motion of a party who did not call the witness, must order an attorney for the government or the defendant and the defendant’s attorney to produce, for the examination and use of the moving party, any statement of the witness that is in their possession and that relates to the subject matter of the witness’s testimony.” [...] (f) “Statement” Defined. As used in this rule, a witness’s “statement” means: [...] (2) a substantially verbatim, contemporaneously recorded recital of the witness’s oral statement that is contained in any recording or any transcription of a recording.”).

---

## 관련 구성원

---

### 김지이나

변호사

T 02.3404.0698

E jeena.kim@bkl.co.kr

### 김소담

변호사

T 02.3404.7648

E sodam.kim@bkl.co.kr

### 신기원

외국변호사 (New York)

T 02.3404.0272

E keewon.shin@bkl.co.kr

법무법인(유한) 태평양의 뉴스레터에 게재된 내용 및 의견은 일반적인 정보제공만을 목적으로 발행된 것이며, 법무법인(유한) 태평양의 공식적인 견해나 어떤 구체적 사안에 대한 법률적 의견을 드리는 것이 아님을 알려드립니다. 뉴스레터와 관련된 문의사항이 있을 경우 위 연락처로 문의주시기 바랍니다.