

변호사의 이익충돌회피의무 Lawyers' Duty to avoid 'Conflict of Interests'

최 윤 희*
Choi, Uni

목 차

- | | |
|------------------------|-------------------------|
| I. 머리말 | V. 계쟁권리의 양수 |
| II. 쌍방대리 금지 | VI. 공동당사자간 이해대립 |
| III. 상대방 당사자의 다른 사건 위임 | VII. 법무법인 등의 수입제한 |
| IV. 변호인의 직무상 취급사건 | VIII. 이익충돌회피의무 위반행위의 효력 |
| | IX. 맺음말 |

본고에서는 변호사의 이익충돌회피의무의 법리에 대하여 살펴보았다. 변호사법과 변호사윤리장전의 규정에 의하면, 동일한 사건 내지는 쟁점이 동일한 사건에서의 대립하는 당사자의 쌍방대리를 금지하고 있을 뿐만 아니라, 동일한 사건이 아니라 하더라도 사건의 퇴인의 상대방 당사자로부터의 사건 선임을 제한하고 있다. 이외에도 변호사가 공무원·조정위원 또는 중재인으로서 직무상 취급한 사건의 선임과 계쟁권리의 양수를 금지하고 있으며, 공동 당사자 간의 이해대립 시의 선임 또한 제한하고 있다. 이러한 선임제한 규정들은 법무법인, 법무법인(유한), 법무조합, 공증인가합동법률사무소, 공동법률사무소 등에 모두 준용되고 있는데, 이익충돌회피의무 관련 규정들의 법해석에 대한 보다 구체적인 가이드라인을 확인하고 개선방안을 모색하고자 노력하였다.

[주제어] 이익충돌회피의무, 사건선임의 금지·제한, 쌍방대리, 계쟁권리의 양수금지, 직무상 취급사건, 법무법인 등에의 준용

투고일 : 2015. 12. 28. / 심사회의일 : 2016. 1. 27. / 게재확정일 : 2016. 2. 12.

* 건국대학교 법학전문대학원 교수

Professor, Law School of Konkuk University

I. 머리말

본고에서는 변호사의 이익충돌회피의무의 법리에 관하여 살펴보고자 한다. 현재 변호사법과 변호사윤리장전은 이익충돌회피의무에 대한 구체적 규정들을 두고 있는데, 변호사의 이익충돌회피의무가 요구되는 가장 큰 이유는 무엇보다도 의뢰인과의 신뢰관계 유지 및 불공정한 결과 초래를 방지하고자 하는 변호사의 직업윤리¹⁾에서 비롯된다. 규정들의 주요한 내용을 살펴보면, 쌍방대리금지, 다른 사건에서의 상대방 당사자로부터 수임제한, 변호사의 직무상 취급사건의 수임금지, 계쟁권리의 양수금지, 공동당사자간의 이해 대립 시 수임제한, 법무법인 등에의 수임제한규정의 원용 등이 있다. 먼저, 쌍방대리금지 규정은 원칙적으로 동일한 사건에서의 대립하는 양 당사자를 동시에 대리하는 것을 금지하지만, 보다 구체적으로 법리를 살펴보면 사건의 동일성 인정 범위와 쌍방대리가 금지되는 당사자 일방과의 선임관계 성립시점 등이 문제될 수 있다. 다른 사건에서의 상대방 당사자로부터의 수임제한은 넓은 의미의 쌍방대리 금지 규정으로서 이론상 동일한 사건에서의 쌍방대리 금지규정과는 구별되지만, 실제 적용에 있어서는 사건의 동일성 여부가 쉽게 판단되지 않는 경우들이 있다. 변호인의 직무상 취급사건 역시 그 인정범위에 대한 구체적 해석판단이 문제될 경우가 있고, 계쟁권리의 양수 및 공동당사자간의 이해대립 또한 구체적 사안별로 해석판단을 정치하게 하여야 할 문제들이다. 이하 관련 항목 별로 그 구체적 내용과 현재 적용상황 및 문제점과 향후 개선방향을 살펴보고자 한다.

II. 쌍방대리 금지

변호사법 제31조 제1항 제1호는 “당사자 한쪽으로부터 상의를 받아 그 수임을 승낙한 사건의 상대방이 위임하는 사건”의 위임을 금지하고 있는데 이는 일반적으로 동일한 사건의 쌍방 당사자를 대리하는 것을 금지하는 것이다. 위 규정은 전형적인 쌍방대리 금지규정으로서, 이해관계가 상반되는 쌍방대리금지 사건의 의미를 보다 구체적으로 살펴보자면 동일사건 내지는 본질적으로 동일한 쟁점을 가지고 있는 사건을 의미한다.

1) 정형근, “변호사의 직업윤리에 대한 고찰”, 법조 제58권 제6호, 법조협회 2009, 311쪽.

여기서 사건의 동일성 여부는 기초가 된 분쟁의 실체가 동일한지 여부에 의하여 결정되며 이는 상반되는 이익의 범위에 따라서 개별적으로 판단되어야 하는 것이고, 소송물이 동일한지 여부나 민사사건이나 혹은 형사사건이나와 같이 그 절차가 같은 성질의 것인지 여부는 관계가 없다고 해석²⁾된다. 이러한 쌍방대리금지에 해당하는 경우 먼저 사건을 위임한 당사자의 승낙이 있다 하더라도 쌍방대리는 허용될 수 없다.³⁾

구체적인 쌍방대리 금지규정 위반사례로서는 토지개량에 의한 환지처분결과 인접한 토지의 소유자들이 각각 상대방 소유로 등기된 지번 토지의 일정 지분을 보유하게 된 사안에서 변호사가 일단 한쪽 토지의 소유자들이 상대방 토지소유자들을 상대로 제기한 지분권이전등기청구소송을 위임받아 소송수행을 하던 중, 원고 측 소유자들의 요청으로 소를 취하하였다가 이후 같은 소송의 피고 측 소유자들의 위임을 받아 원고 측 소유자들에 대한 지분이전등기청구소송을 다시 위임받아 소송수행을 한 사례⁴⁾와 건물인테리어 공사업체가 공사를 의뢰한 회사 측의 부도로 인하여 공사대금을 지급받지 못하고 있던 중 공사대금채무자인 위 회사 측과 공모하여 자신의 공사대금을 부풀려 유치권을 행사하고 유치권부채권의 변제를 받으면 그 중 일부 대금을 지급받기로 하였다가, 건물이 경락되자 이번에는 경락인과 다시 약정하여 자신이 채권 신고한 서류들이 허위임을 입증하는 서류를 경락인에게 교부하고 경락인이 건물명도소송에서 승소할 경우 경락인으로부터 소정의 금원을 지급받기로 하였는데, 위 인테리어공사업체의 도움으로 건물명도소송에서 승소한 경락인이 추후 약정한 금원을 위 공사업체에 지급하지 아니한 경우 건물명도소송을 대리한 변호사가 위 공사업체의 경락인에 대한 약정금청구소송을 위임받는 것은 중전사건과 동일한 사건으로서 허용되지 않는다고 본 사례⁵⁾ 등이 있다.

쌍방대리금지원칙에서 이익충돌회피의무의 인정 시점은 사건을 정식으로 선임하지 않고 선임 전 단계로서 법률상담을 하였더라도 예비적 위임관계가 성립하였다고 인정되거나⁶⁾ 원 사건을 사임한 후라 하더라도 이익충돌회피의무가 성립한다⁷⁾고 본다. 다만

2) 대법원 2004. 11. 26. 선고 2004도5951판결, 대법원 2003. 11. 28. 선고 2003다41791판결.

3) 변호사법 제31조 제1항 제2호의 경우 후술하는 바와 같이 당사자의 동의가 있는 경우 쌍방대리도 허용될 수 있다는 점에서 제 31조 제1호의 쌍방대리금지와 구별됨.

4) 대한변호사협회 2006.9.4. 제2006-1호 징계결정.

5) 대한변호사협회 2008.5.30. 법제 제1704호 질의회신.

6) 이점에 대하여는 현행 변호사법 규정에서 예비적 위임단계의 이익충돌회피의무는 없다고 해석하는 입장이 있음 : 이태영, “변호사의 이익충돌회피의무·현재 의뢰인 사이의 이익충돌을 중심으로-”, 법조 제61권 제9호, 법조협회, 2012, 19쪽.

7) 하정철, “변호사의 중전의뢰인과의 이익충돌·중전사건과 동일하거나 본질적으로 관련된 사건’ 범위의 비교

예비적 위임관계의 경우 전형적인 엄격한 쌍방대리금지 규정이 적용되는지 여부에 대하여 변호사법은 명시적인 규정이 없고, 변호사윤리장전은 제22조 제3항에서 “변호사는 의뢰인과 대립되는 상대방으로부터 사건의 수임을 위해 상담하였으나 수임에 이르지 아니하였거나 기타 그에 준하는 경우로서, 상대방의 이익이 침해되지 않는다고 합리적으로 여겨지는 경우에는, 상담 등의 이유로 수임이 제한되지 아니한다.”라고 규정함으로써 예비적 위임관계가 성립된다 하더라도 이익의 충돌이 없다고 인정되면 수임제한은 인정되지 않는다고 해석될 소지가 크다. 이에 대한 대한변호사협회의 입장⁸⁾은 구체적인 사건에 있어서 일방 당사자인 의뢰인을 위해서 업무를 수행하겠다는 의사표시를 변호사가 구체적으로 한 경우에 수임승낙은 성립하지만, 약정서나 위임장이 작성되지 아니하고 수임료의 지급도 없는 경우에는 특별한 사정이 없는 한 수임의 승낙이 없는 것으로 본다는 해석을 취함으로써 예비적 위임관계의 성립도 비교적 제한적으로 인정하는 입장일 뿐만 아니라, 예비적 위임관계가 성립된다고 하더라도 변호사윤리장전의 규정에 의거하여 상대방 당사자의 동의를 얻으면 사건을 수임할 수 있다고 해석하여 넓은 의미의 쌍방대리금지 규정만이 적용된다고 보고 있다. 이처럼 예비적 위임관계에 대하여 변호사법 제31조 제1항 제1호 소정의 엄격한 쌍방대리금지규정을 적용할 것인지 아니면 동조 동항 제2호를 적용하여 의뢰인이 동의하면 수임을 허용할 것인지 여부에 대하여는 견해가 나뉘고 있는데, 이는 결국 예비적 위임관계에 대한 변호사법의 구체적 규정이 없는 관계로 인해 발생하는 문제이다.

III. 상대방 당사자의 다른 사건 위임

변호사법 제31조 제1항 제2호의 경우 “수임하고 있는 사건의 상대방이 위임하는 다른 사건”의 수임을 금지하고 있는데, 이 규정은 앞서 본 같은 조문 제1호 소정의 쌍방대리금지 규정과 함께 넓은 의미의 쌍방대리금지 규정이라 할 수 있다. 즉, 동일한 사건이

법적 고찰”, 고려법학 제71호, 고려대학교법학연구원, 2013, 167쪽.

8) 대한변호사협회 2009.12.14. 법제 제497호 질의회신 : A가 B에게 넘긴 사업체의 인수대금지금 등 인수계약상의 의무를 B가 이행하지 않은 채 사업체를 승계하여 법인을 설립·운영하는 문제로 인하여 변호사는 A와 상담하면서 위 법인을 상대로 한 소송 및 가압류가능여부 등을 검토하여 소제기여부를 결정하자고 설명하자 A가 관련자료를 더 보완하고 가압류대상의 법인제품목록을 정리하여 돈이 준비되는 대로 선임하겠다고 하고 간 후 2개월간 연락이 없는 사이 변호사가 B로부터 동일사건을 수임한 사안임

아니라도 수임하고 있는 사건의 상대방이 위임하는 사건은 원칙적으로 수임을 금지하고 있는데 이는 변호사의 업무상 의뢰인에 대한 충실의무가 요구되는 바, 의뢰인의 입장에서 비록 다른 사건이라고 하더라도 자신과 이익이 상반되는 위치에 있는 상대방을 변호하는 변호사에 대하여 온전한 신뢰관계를 유지할 수 없기 때문이다. 변호사법 제31조 제1항 제2호 규정에 의하면 위임인이 동의한 경우에는 변호인은 상대방이 위임하는 다른 사건을 수임할 수 있고, 변호사윤리장전 역시 제22조에서 의뢰인이 양해한 경우 사건을 수임할 수 있다고 규정하고 있어 변호사법과 같은 취지의 규정을 두고 있다.

따라서 당사자의 동의를 얻으면 수임하고 있는 사건과 동일한 사건 내지는 본질적으로 동일한 쟁점을 가진 사건이 아닌 한 상대방이 위임하는 사건을 수임할 수 있으나, 실제 사안별로는 동일한 사건 내지 동일한 쟁점 여부가 분명하지 아니한 경우가 상당수 있다. 구체적인 사안별로 살펴보자면, 의뢰인의 공동불법행위자들에 대한 손해배상 청구가 1심에서 받아들여져 강제조정결정이 있었으나 공동불법행위자 중 1인이 이에 불복하여 불복한 당사자에 대하여는 항소심이 계류 중인 상태에서 불복하지 아니한 공동불법행위자 중 나머지 1인이 강제조정결과 결정된 손해배상금을 의뢰인에게 변제하고 난 후 불복하여 항소심 진행 중인 다른 공동불법행위자에 대한 구상금청구소송을 제기하는 경우, 변호인이 위 구상금청구소송을 제기하고자 하는 공동불법행위자로부터 소송을 수임하려면 손해배상 소송과 구상금 소송은 기초사실관계에 있어 공동불법행위라는 동일한 사실에 근거하는 점에서 쟁점의 일부 동일성이 문제될 소지도 있으나 전체적으로 보아 동일한 쟁점의 사건이라고 보기는 어렵다는 전제 하에 원 사건 의뢰인의 동의를 받아서 사건을 수임할 수 있다고 본 사례¹⁰⁾가 있는데, 필자의 견해로서는 이 경우 공동불법행위라는 동일한 기초사실관계와 기본쟁점에서 비롯된 사건들인 만큼 동일한 쟁점의 사건이 아니라고 판단한 것이 합리적인지는 의문이며 그만큼 실제 사건에서 동일한 쟁점 여부의 판단이 어렵다는 것을 잘 보여주는 예라고 본다.

당사자의 동의를 얻을 때 당사자의 범위가 문제될 수 있는데 확설은 먼저 수임한 사건 의뢰인의 동의만으로 충분하다는 일방 동의설과, 먼저 수임한 사건 의뢰인뿐만 아니라 새로이 사건을 수임하고자 하는 상대방의 동의도 필요하다는 쌍방 동의설이 대립하고 있다. 일방 동의설은 새로운 사건을 위임하려는 상대방이 변호사와 기존의 의뢰인과의 관계를 알 수 없거나 그 대리관계가 소멸되었다고 오인하는 등의 특별한 사정이

9) 최진안, 법조윤리, 세창출판사, 2014, 172쪽.

10) 대한변호사협회 2004.5.12. 법제 제1365호 질의회신.

없는 한 법률이 정하지 아니한 상대방의 동의까지 얻게 하는 것은 지나치게 변호사의 직업행사의 자유를 침해하는 것으로서 허용될 수 없다는 입장¹¹⁾인 반면, 쌍방 동의설의 경우 비록 다른 사건이라 하더라도 쌍방대리를 원칙적으로 금지하여야 함은 쌍방 당사자 사이에서 그 중요성이 똑같은 만큼 양 당사자 모두의 동의가 필요하다는 입장¹²⁾이다. 필자의 견해로서는 먼저 수임한 사건의 상대방 당사자는 통상 자신이 사건을 위임하려는 변호사가 자신의 상대방 당사자의 변호사임을 알고도 사건을 위임하려는 경우가 대부분이다. 따라서 자신의 상대방 당사자의 변호사임을 알고도 사건을 위임하려는 당사자에 게까지 동의를 얻어야 할 필요는 없을 것이다. 변호사와 기존의뢰인과의 관계를 알지 못하고 사건을 위임하려는 경우와 같은 특별한 사정이 있는 때에만 새로이 사건을 위임하려는 의뢰인의 동의가 필요하다고 해석하여도 의뢰인의 보호를 위해서는 충분하다고 본다.

위임인의 동의와 관련하여 유의할 점은 위임인의 동의가 유효하기 위한 요건으로서 위임인은 자신의 동의가 갖는 의미를 충분히 이해하고 동의하여야 한다는 것이다. 위임인 자신이 동의의 의미를 충분히 이해하지 못한 상황에서 동의를 하였다면 이러한 동의의 효력은 인정되기 어렵다. 변호인이 상대방 당사자로부터 새로운 사건을 수임함에 따라 예상되는 기존 의뢰인의 불이익 내지 위험 등에 대하여 의뢰인에게 충분히 사전에 설명¹³⁾ 하여야 하고, 이는 변호인의 의뢰인에 대한 비밀유지의무면제 요건에서 있어서 의뢰인의 동의를 얻기 위해 변호인이 행하여야 할 설명의무¹⁴⁾와도 같은 정도의 것이어야 한다.

IV. 변호인의 직무상 취급 사건

변호사법 제31조 제1항 제3호는 “공무원·조정위원 또는 중재인으로서 직무상 취급하거나 취급하게 된 사건”의 수임을 제한하고 있고, 변호사윤리장전 제22조 제1항 제1호 역시 위 법 규정과 같은 취지에서 “과거 공무원·중재인·조정위원 등으로 직무를 수행

11) 정형근, 법조윤리강의, 박영사, 2014, 393쪽.

12) 최진안, 앞의 책, 176쪽.

13) 정형근, 앞의 책, 393쪽.

14) 변호인의 비밀유지의무면제를 위한 설명의무에 대하여는 최윤희, “변호사의 비밀유지의무”, 일감법학 제32호, 건국대학교 법학연구소, 2015, 470쪽.

하면서 취급 또는 취급하게 된 사건이거나, 공정증서 작성사무에 관여한 사건”의 수임을 제한하고 있다. 이 규정의 취지는 공무원 등으로 재직하면서 처리하는 업무 수행의 공정성을 확보¹⁵⁾하려는 데에 있는데, 변호사윤리장전은 더 나아가 정부기관에 대한 윤리로서 공무를 수행하면서 알게 된 정부기관의 비밀을 업무처리에 이용하거나 공정을 해할 우려가 있는 경우 겸직하고 있는 당해 정부기관의 사건 수임도 제한하고 있을 뿐만 아니라, 변호사 스스로가 증인이 되어야 할 사건의 수임도 원칙적으로 제한하고 있다.

구체적인 사례들을 살펴보면, 경매담당 판사가 개업 후에 자신이 담당했던 경매 대상 물건의 하자를 이유로 채권자·채무자 및 감정인 등을 상대로 한 손해배상사건의 소송대리인이 되는 것은 수임제한 사유가 되고,¹⁶⁾ 판사로 재직할 당시 취급한 총회결의부존재 확인청구사건과 쟁점의 일부 및 당사자가 동일한 사건을 상대방 당사자로부터 선임하여 소송을 수행한 사안은 변호사의 이익충돌회피의무 위반으로서 징계 처분사유가 되며,¹⁷⁾ 의제자백으로 종중원이 종중의 토지를 편취한 것으로 인해 이후 종중에서 위 의제자백판결에 대한 재심청구를 하여 취소판결을 받았음에도 불구하고 일부 토지에 대하여는 이미 타인에게 소유권이전등기가 경료 되는 바람에 등기말소가 되지 아니하자 다시 종중에서 그 등기 명의자를 상대로 소송을 제기함에 있어 애초에 종중원의 종중에 대한 사기사건을 수사하였던 검사가 이후 개업하여 변호사로서 위 종중의 등기 명의자를 상대로 한 소송을 선임하는 것은 수임제한에 해당¹⁸⁾하는 사례들로서 직무상 취급한 사건에 해당한다.

공무원으로서 취급하였던 사건과 변호사로서 선임하려는 사건과의 연관성의 정도가 문제될 수 있는데, 변호사로서 선임하고자 하는 사건의 수임제한 요건으로서 요구되는 공무원 재직 시 취급사건과의 관련성은 추상적인 연관성이 인정되면 충분하다. 법원 형사 항소부 판사로 재직하던 당시 당직판사로서 영장업무를 수행하였거나 구속적부심을 취급하였거나 소속 재판부로 사건배당은 되었으나 기일지정이 되지 아니한 사건 내지는 기일지정은 되었으나 실제로 공판은 진행되지 아니한 사건 등도 직무가 추상적으로 연관되어 있으므로 사건 수임이 제한¹⁹⁾된다. 이러한 해석은 변호사가 자신이 이미 관여한 사건에 대해서 선임할 경우 이익충돌의 상황이 발생하게 되고, 설혹 이익충돌을

15) 정형근, 앞의 책, 395쪽.

16) 대한변호사협회 2006.4.28. 법제 제1428호 질의회신.

17) 대한변호사협회 2006.1.16. 제2005-24호 징계결정.

18) 대한변호사협회 2005.12.8. 법제 제2764호 질의회신.

19) 대한변호사협회 2006.4.4. 법제 제1167호 질의회신.

구체적으로 야기하지 아니한다 하더라도 변호사 직업의 공공성에 비추어 직업윤리에 반하는 행위에 해당²⁰⁾하기 때문에 타당하다고 본다.

이와 관련하여 유의할 점은, 앞서 본 쌍방대리금지 규정과 달리 추상적 연관성만으로도 선임이 제한되는 규정인 만큼 공무원 재직 시 취급사건의 선임제한 규정은 이를 지나치게 확대해석하면 변호사의 수임의 자유 및 의뢰인의 변호사 조력권을 불합리하게 제한²¹⁾하는 문제가 발생할 수 있다는 것이다. 따라서 변호사로서 선임하려는 사건과 공무원으로서 취급하였던 사건과의 연관성은 추상적인 것만으로 충분하다고 하더라도 변호사법 제 31조 제1항 제3호가 선임을 제한하는 사건은 공무원 재직 시 직무상 취급한 특정 사건에 국한하여야 한다. 즉, 사건의 사안이 동일하더라도 당사자 등 구체적 이해관계가 동일하지 아니한 다른 사건은 이에 포함되지 않는다²²⁾고 보는 것이 합당하다. 이러한 관점에서 우리 판례도 판사로 재직할 당시 회사정리사건의 업무에 관여하였다가 이후 변호사가 되어 당해 회사의 회사정리절차 진행 중의 모든 사건에 대한 수임을 제한한다는 것은 지나친 선임제한으로서 이와 같이 선임제한 사유를 무제한으로 확대해석하여서는 아니 되며, 변호사로서의 품위 유지와 사건 당사자들의 이익보호 및 공정한 재판업무수행 등의 공익적 요소와 변호사로서의 직업선택의 자유 등 사익적 요소를 비교·형량하여 판사로 재직 시 구체적인 계약 등 법률행위의 허가 내지 허가의 변경 등에 관여하였을 경우 그 특정 계약과 관련된 직무 수행만을 제한하는 것이 타당하다²³⁾는 입장이다.

V. 계쟁권리의 양수

변호사법 제32조는 변호사가 분쟁이 계속 중인 계쟁권리 자체를 양수하는 것을 금지하고 있는데, 이러한 계쟁권리의 인정범위에 대하여는 학설의 대립이 있다. 소송 기타 분쟁처리가 계속 중인 사건의 권리에 한정된다는 제한적 해석과, 입법 목적의 달성을 위해서는 제한 없이 넓게 계쟁권리의 범위를 인정하여야 한다는 비제한적 해석²⁴⁾이

20) 이주원/김정환, “독일법조윤리규범의 실태와 시사점-변호사윤리를 중심으로-”, 고려법학 제59호, 고려대학교 법학연구원, 2010, 96-97쪽.

21) 정형근, 앞의 책, 396쪽.

22) 대구고등법원 1974. 7. 30. 선고 72나522 제3민사부판결.

23) 서울행정법원 2008. 2. 5. 선고 2007구합27455판결.

그것이다. 우리의 판례는 계쟁권리의 인정범위에 대하여 어느 정도의 제한을 인정하는 입장으로서는, 판례에 의하면 계쟁권리는 계쟁 중에 있는 권리 그 자체만을 의미²⁵⁾한다. 제한설의 경우 변호사 업무의 지나친 제한에 대한 우려 및 명문상 근거 없는 계쟁권리 범위의 지나친 확대해석을 경계하는 것이 그 이론적 근거인 반면, 비제한설의 입장은 변호사 업무가 재판 외의 업무까지 모두 포함하여 확대해석 되어야만 이 법의 입법 목적이 달성될 수 있다는 점에 주안점을 두고 있는데, 필자의 견해로서는 명문 규정 없는 계쟁권리범위의 확대해석은 변호사업무에 대한 지나친 제한의 소지가 큰 만큼 제한적 해석론이 타당하다고 본다. 계쟁권리의 양수는 어떠한 경우에도 금지되므로 변호사가 사건의 수입보수를 받기 위해서 계쟁권리를 양수하는 것도 허용되지 아니한다.²⁶⁾ 예컨대, 소송 진행 중이던 채권을 변호사 수입료 명목으로 변호사사무실 사무장 명의로 양수²⁷⁾하거나, 공사대금청구소송에서 변호사가 자신이 소송수행중인 공사대금 채권 중 일부 채권을 양수한 경우²⁸⁾ 등이 그 대표적 사례이다.

다만, 계쟁권리와 계쟁 목적물은 구별되어야 한다. 판례에 의하면 계쟁권리의 양수를 금지하는 입법 취지는 변호사가 당사자로부터 계쟁권리를 양수함으로써 당사자와 변호사 간의 신뢰관계를 깨뜨리거나 당사자와 이해 상반하는 결과를 가져오는 등 변호사의 일반적 품위를 손상시킬 수 있는 행위를 방지하기 위하여 둔 규정이므로 판결이 확정된 계쟁목적물이었던 부동산은 계쟁권리라 할 수 없다²⁹⁾고 한다. 같은 취지의 사례로서 법인이 동업계약을 체결하였던 자를 상대로 횡령, 사기죄 등의 고소를 한 사건에서 피고 소인의 변호인으로 선임된 변호사가 피고소인에 대한 약정 보수금으로써 동인이 보유하고 있는 고소인법인의 주식 중 일부를 양수받은 경우 계쟁권리의 양수로 볼 수 없다고 본 사례³⁰⁾와 주식반환청구권을 피보전권리로 한 주식처분금지가처분사건을 선임한 변호사가 의뢰인인 채무자로부터 관련 주식을 양수한 경우 주식은 계쟁목적물으로써 계쟁 중에 있는 권리가 아니라고 본 사례³¹⁾ 등이 있다.

24) 학설의 대립부분은 최진안, 앞의 책, 203쪽 참조.

25) 대법원 1985. 4. 9. 선고 83다카177판결.

26) 최진안, 앞의 책, 203쪽 참조.

27) 법무부 2003.7.3. 질의회신 의견.

28) 대한변호사협회 2008.6.2. 제2007-33호 징계결정.

29) 대법원 1985. 4. 9. 선고 83다카1775판결.

30) 대한변호사협회 2006.3.3. 법제 제915호 질의회신.

31) 법무부 2007.8.27. 결정.

VI. 공동당사자간 이해대립

변호사윤리장전은 변호사법에서 정하고 있는 수임제한 규정들 외에도 제22조 제1항 제5호에서 동일사건의 공동 의뢰인의 이익이 서로 충돌하는 경우의 수임을 제한하고 있고, 더 나아가 제27조에서는 수임 당시에는 이해대립을 인지하지 못하였더라도 수임 이후에 둘 이상의 공동 의뢰인 간의 이해대립이 발생한 경우에 변호사는 의뢰인들에게 이러한 사실을 고지하고 적절한 방법을 강구할 의무가 있다고 규정한다. 상가분양대행사가 일차로 상가를 분양한 다음 동일한 상가를 다시 다른 사람에게 분양하였으나 위 분양대행사는 건설시행사와의 분양대행계약 자체가 파기된 사안에서 2차 분양을 받은 피해자가 분양대행사와 1차 수분양자를 공동피고로 하여 소를 제기하자 변호사가 공동 피고 모두를 선임한 다음 실제로 1차 수분양자와 분양대행사 간에는 이익이 충돌하는 사안으로서 1차 수분양자가 자신은 책임이 없고 분양대행사가 전적으로 책임져야 한다는 사실을 분명히 변호사에게 고지하였음에도 불구하고 이익이 충돌하는 공동당사자를 모두 선임하여 1차수분양자의 이익을 위해 노력하지 아니한 경우 변호사의 이익충돌회피의무 위반을 이유로 징계처분을 한 사안³²⁾이 있다.

공동당사자 간의 이해대립으로 인한 이익충돌회피의무는 일반적으로 동일사건에서 이해 대립하는 복수당사자를 동시에 변론하는 경우를 전제로 한다. 따라서 일부 당사자에 대하여 수임이 종료되고 이익충돌이 있는 다른 당사자를 수임하는 경우에도 이익충돌 회피의무가 인정될 것인지 여부가 문제될 수 있는데, 대한변협이 해석 사례로서 공범 중 1인이 먼저 기소되어 기소중지 중인 다른 공범이 범행을 주도한 것으로 변론한 다음, 이후 기소중지되었던 나머지 공범이 검거되자 처음에 기소된 공범을 변론하였던 변호사가 이번에는 먼저 재판을 받은 공범이 범행을 주도한 것처럼 변론을 하였더라도 동일한 사건을 동시에 변론한 경우가 아니므로 이익충돌회피의무 위반이 아니라고 본 사례³³⁾가 있는데, 이 사례의 해석은 변호사의 공익적 지위를 생각할 때 수궁하기가 힘든 부분이 있다. 이익충돌회피의무가 원칙적으로 동일사건을 동시에 변론하는 경우를 전제로 한다고 해석하는 것은 합리적이라고 보지만, 동일사건의 변호사가 자신이 변론하는 당사자에 따라 변론의 내용이 완전히 바뀌거나 심지어 모순되는 주장까지 하는 것을 허용할

32) 대한변호사협회 2006.10.23. 제2006-7호 징계결정.

33) 대한변호사협회 2014.1.3. 법제 제787호 질의회신, 이 사안은 사회정의실현이라는 측면에서는 합당하지 아니하나, 공동당사자간의 이해대립규정의 동시성 원칙으로 인한 불가피한 해석이라고 볼 측면이 있다.

수는 없다고 본다.

또 다른 유의할 점은 공동당사자간의 이해대립으로 인한 이익충돌회피의무가 인정되는 것은 변호인이 관여한 사건의 범위에 국한된다는 점이다. 공동상속인 중 한사람과 상속분할에 대하여 상담한 변호사가 추후에 자신과 상담했던 공동상속인으로부터 동인이 나머지 공동상속인들과 상속분할을 협의하여 결정한 내용을 최종적으로 통보받아 이를 토대로 ‘상속재산분할 및 분할방법에 대한 합의서안’을 작성해 주고 변호사가 작성해준 문건을 토대로 상속인들이 최종적으로 합의서 등을 작성하여 서명 날인한 문건들을 같은 변호사가 사서증서 인증하여 준 경우, 위 합의서 작성 당시 상속재산 자체의 배분에 대하여서만 합의하였고 상속재산의 수익배분에 대하여는 합의를 하지 않은 결과 공동상속인간의 상속재산수익배분 소송을 변호사가 선임하는 것은 가능하다는 대한변협의 해석사례³⁴⁾는 변호인이 관여한 사건 범위를 넘어서는 부분에 대하여는 이익충돌회피의무가 인정되지 않는다는 점에서 합리적인 해석이라고 본다.

VII 법무법인 등의 수임제한

변호사법 제31조 제4항에서는 법무법인의 수임제한을 규정하고 있는데, 공직퇴임변호사가 법무법인 등의 담당변호사로 지정되는 경우, 법무법인 등으로부터 명의를 빌려 사건을 실질적으로 처리하는 등 사실상 수임하는 경우 혹은 법무법인에서 공직퇴임변호사가 담당변호사로 소송관련 문건 상 표시되지 않았으나 실질적으로는 사건의 수임이나 수행에 관여하여 수임료를 받는 경우를 모두 수임제한하고 있다. 더 나아가 변호사윤리장전은 제48조에서 이익충돌회피의무가 법무법인 등이 사건을 수임하는 경우 준용된다고 규정하고 있어 변호사법보다 한층 더 강화된 규정을 두고 있다. 법무법인은 대리권이 수여된 위임인과 마찬가지로 충실의무가 인정된다³⁵⁾는 점에서 법무법인의 수임제한 규정은 이익충돌회피의무에서 꼭 필요한 규정 중 하나이다. 여기서 법무법인 등이라 함은 법무법인 외에도 법무법인(유한), 법무조합, 공증인가합동법률사무소, 공동법률사무소를 모두 포함하고 있고, 공동법률사무소는 명칭 내지 형식으로 판단할 것이 아니라

34) 대한변호사협회 2008.9.2. 법제 제2209호 질의회신.

35) 이종기, “법무법인에 발생하는 이익충돌과 충실의무: ‘준수탁자’로서의 법무법인”, 홍익법학 제14권 제4호, 홍익대학교 법학연구소, 2013, 467쪽.

변호사 2인 이상이 사건의 수임·처리나 업무수행 시 통일된 형태를 갖추어 수익을 분배하고 비용을 분담하는 형태로 운영되는 실체를 갖춘 모든 실체적 의미의 공동법률사무소를 의미³⁶⁾한다고 본다. 이러한 이익충돌회피의무의 내용을 법무법인 등에 적용함에 있어서는 법무법인 내의 한 사람의 변호사가 이익충돌에 해당할 경우 그 법인 내의 다른 모든 변호사도 이익충돌에 해당하게 된다는 소위 ‘이익충돌의 전가’³⁷⁾가 문제될 소지도 있지만, 변호사의 충실의무로서 이익충돌회피의무의 중요성을 감안한다면 법무법인 등에의 준용은 불가피한 규정이라고 본다.

법무법인의 이익충돌회피의무 위반행위에 해당하는 사례로서는 형사사건에서 피고인의 변호인으로 선임된 법무법인의 업무담당변호사가 형사사건에서 직접 변론에 관여한 사실이 없더라도 법무법인이 해산되고 나서 개인변호사의 지위에서 같은 형사사건의 피해자인 상대방 당사자를 위하여 실질적으로 동일한 쟁점을 포함하고 있는 민사사건의 소송을 대리하는 경우,³⁸⁾ 회사의 내부분쟁 결과 대표이사 및 이사에 대한 직무집행정지가처분신청이 인용되어 법무법인의 구성원변호사가 대표이사 직무대행자로 선임되었다가 이후 위 회사가 위 가처분결정 전에 제기한 손해배상청구소송의 상대방으로부터 피고대리인이 되어 사건수임을 받는 행위,³⁹⁾ 회사가 대표이사를 특정경제범죄가중처벌 등에 관한 법률위반(업무상 배임)으로 고소한 사건을 재판장으로서 심리하다가 퇴직하여 변호사개업을 한 이후 후임 사건담당 판사가 위 사건에 대하여 무죄를 선고하였고, 이후 대표이사에 대한 항소심에서 위 판사였던 변호사가 소속된 법무법인이 위 회사를 대리하여 고소 대리인으로서의 소송활동을 하는 경우,⁴⁰⁾ 변호사가 자신이 소속된 법무법인이 해산되었더라도 위 법무법인에서 수임하였던 동일 사건의 상대방으로부터 사건을 수임하는 경우⁴¹⁾ 등을 들 수 있다.

36) 최진안, 앞의 책, 227쪽.

37) 이 부분에 대한 보다 자세한 설명은 이상수, “차단막을 이용한 이익충돌 회피”, 법과사회 제36권, 법과사회이론학회, 2009, 219쪽 참조.

38) 대법원 2003. 5. 30. 선고 2003다15556판결.

39) 대한변호사협회 2007.10.8. 법제 제2440호 질의회신.

40) 대한변호사협회 2005.11.30. 법제 제2721호 질의회신.

41) 대한변호사협회 2005.11.16. 법제 제2642호 질의회신.

VIII 이익충돌회피의무위반행위의 효력

변호사법에서 규정하고 있는 이익충돌회피의무를 위반한 변호인의 소송대리행위의 법적 효력에 대하여는 학설이 대립하고 있다. 먼저 민사소송의 경우를 살펴보면 소송대리행위는 절대적으로 무효라는 학설과 변호사법위반행위에 대한 징계는 별론으로 하되 소송대리행위 자체는 유효하다는 학설이 있는 외에도, 의뢰인의 추인이 있으면 유효하다는 학설과 의뢰인의 이의가 없으면 유효하다는 학설⁴²⁾ 등이 있다. 우리 법원의 입장은 쌍방대리금지규정을 위반하여 형사사건에서 피고인을 변론한 변호사가 동일한 사건의 민사소송에서 피해자를 대리한 경우, 이러한 소송대리행위는 명백한 변호사법 소정의 수임제한규정 위반임에도 불구하고 이러한 변호사의 소송행위에 대하여 상대방 당사자가 법원에 이의를 제기한다면 그 소송행위는 무효가 될 것이나 상대방 당사자가 쌍방대리금지규정 위반사실을 알았거나 알 수 있었음에도 불구하고 사실심 변론 종결시까지 아무런 이의를 제기하지 아니하였다면 그 소송행위는 소송법상 완전한 효력이 생긴다고 판시한 사례⁴³⁾와 변호사법 소정의 쌍방대리금지규정 위반 소송행위라 하더라도 의뢰인이 이에 대하여 추인하였다고 인정되는 경우 이러한 소송행위는 완전한 효력이 발생한다고 판시한 사례⁴⁴⁾ 등이 있다.

한편 형사소송의 경우는 피고인의 이종으로 재판받아야 하는 위험부담을 고려한다면 변호사의 이익충돌의무위반행위로 인하여 피고인이 받은 판결의 효력을 부인할 수 있는 점에 대하여 민사소송과 같은 학설 대립을 그대로 원용하기는 어렵다고 본다. 판례 역시 쌍방대리금지규정을 위반하여 사건을 선임한 변호사에 의한 소송수행행위라 할지라도 변호사법위반 문제는 별론으로 하고 그 소송절차 자체의 효력은 인정된다는 입장으로, 피고인들과 공소 외인들 간의 대여금사건에서 공소 외인들의 소송대리인으로서 직무를 수행한 변호사가 위 대여금사건 종결 후 그와 실질적으로 동일한 쟁점을 포함하고 있는 피고인들의 공소외인들에 대한 소송사기미수 범행 등에 대한 형사재판사건에서 피고인들의 변호인으로 선임되어 변호활동 등을 한 변호사법 제31조 제1항 제1호 위반 사건에서, 피고인들의 변호인에게 변호사법 소정의 수임제한 규정을 위반한 위법이 있다 하여도 피고인들 스스로 위 변호사를 변호인으로 선임한 이 사건에 있어서 다른

42) 학설의 상세한 내용은 정형근, 앞의 책, 410-411쪽.

43) 대법원 2003. 5. 30. 선고 2003다15556판결.

44) 대법원 1970. 6. 30. 선고 70다809판결.

특별한 사정이 없는 한 위와 같은 위법으로 인하여 변호인의 조력을 받을 피고인들의 권리가 침해되었다거나 그 소송절차 자체가 무효라고 할 수는 없다⁴⁵⁾고 한다.

IX. 맺음말 (문제점과 개선방향)

앞서 변호사의 이익충돌회피의무에 대하여 주로 많이 논의되는 점들을 항목별로 나누어 살펴보았는데, 현실적으로는 변호사가 악의적으로 이익충돌상황을 초래하기 보다는 업무를 수행하면서 불가피하게 이익충돌상황에 놓이게 될 경우⁴⁶⁾가 상당수 있다. 예컨대 변호사의 공익활동이 의무인 현실 하에서 공익활동을 수행하는 과정에서 특히 사내변호사의 경우 자신이 소속한 회사와의 이익충돌의 문제도 발생⁴⁷⁾할 수 있다. 이러한 여러 가지 현실적인 제약에도 불구하고 변호사로서 반드시 지켜야 할 직업윤리가 이익충돌회피의무이므로 변호사법과 변호사 윤리장전은 가급적 구체적인 가이드라인을 부여하여 변호사들의 업무수행에 있어 불필요한 이익충돌발생상황을 미연에 방지하거나 이익충돌 발생상황에서의 구체적인 업무처리 지침을 마련하는 것이 필요하다.

이익충돌회피의무는 변호사의 의뢰인에 대한 충실의무를 준수하게 하기 위하여 인정되는 의무⁴⁸⁾로서 변호사업무윤리에서 매우 중요한 의무이지만, 현행 법 규정이 구체적으로 규정하지 않음으로써 해석의 논란이 있는 부분이 있다. 그 중 하나가 예비적 위임관계인데, 필자와 같이 변호사와 의뢰인간에 예비적 위임관계가 성립하면 변호사의 이익충돌의무도 성립한다고 해석하는 입장에서는 의뢰인이 예비적 위임관계를 악용할 소지가 있다. 즉, 의뢰인의 입장에서는 특정 변호사가 자신의 상대방 변호사가 되는 것을 봉쇄할 의도로 그 변호사와 사건에 대하여 상담함으로써 예비적 위임관계를 성립시키는 것⁴⁹⁾이 대표적인 전략적 법률상담이다. 현재 변호사법 규정으로는 이러한 전략적 법률상담을 방지할 방법이 없으므로 예비의뢰인과의 상담단계에서는 전략적 법률상담의

45) 대법원 2009. 2. 26. 선고 2008도9812판결.

46) 법조윤리론, 사법연수원 2004, 313-314쪽.

47) 최형구, “변호사의 겸직제한과 법조윤리 -사내변호사를 중심으로-”, 법학연구 제24권 제1호, 충남대학교 법학연구소, 2013, 35쪽.

48) 손창완, “변호사와 의뢰인간의 이익충돌과 변호사의 의무-미국 변호사협회의 직무행위표준규칙 및 판례를 중심으로”, 법학논총 제33권 제1호, 전남대학교 법학연구소, 2013, 428쪽.

49) 최진안, 앞의 책, 111쪽.

가능성을 염두에 두고 변호사 스스로 방어적인 상담을 하는 수밖에 없는 현실이다. 예비적 위임관계의 경우 구체적인 상담 정도에 따라 어떠한 정도의 이익충돌회피의무가 인정되는지를 잘 분류하여 변호사법 제31조 제1항 제1호와 제2호 중 어디에 해당하는지 여부와, 이러한 경우 상담의 구체적인 내용과 정도에 따라 이익충돌회피를 위한 변호사의 업무처리 지침에 관한 구체적인 법 규정이 필요하다고 본다.

이익충돌회피의무 중에서 의뢰인에 대한 현실적 보호가 많이 필요한 부분 중 하나는 공동당사자간의 이해대립방지이다. 실제로 공동당사자가 같은 변호사를 선임하면서 구체적인 이해대립 부분이 발생할 수 있다는 가능성을 의뢰인으로서 잘 인지하지 못하는 경우가 상당수 있다. 이러한 부분에 대하여는 법률전문가인 변호사가 이해대립의 가능성을 충분히 사전에 설명해 주고, 또 변호사 자신도 미처 인지하지 못한 이해대립 상황이 선임 후에 발생한 경우 변호사는 이러한 사실을 구체적으로 명확하게 고지하여 이해대립으로 인한 이익충돌회피의무를 준수하여야 한다. 현재 우리의 규정들은 구체적으로 공동당사자간의 이해대립이 예견되는 경우들은 어떠한 경우들인지 또 이러한 경우 변호사가 이해대립 가능성을 사건 당사자들에게 어느 정도까지 구체적으로 설명하여야 하는지 여부와, 이해대립에도 불구하고 공동당사자들이 한 사람의 변호사에게 사건을 선임하려는 경우 이를 허용할 수 있는 기준 등에 대한 규정이 없다. 이러한 점들에 대한 구체적인 가이드라인이 될 수 있는 법 규정들이 필요하다.

아울러 살펴보아야 할 점은 이익충돌회피의무를 위반한 변호사의 소송대리행위 중 민사소송행위의 효력문제이다. 현재 판례는 추인설 내지 이의설의 입장에서 상대방 당사자의 추인이 있거나 이의가 없는 한 소송행위가 유효하다는 입장임은 앞서 본 바와 같다. 형사소송의 경우 소송행위의 효력을 부인한다면 피고인이 다시 재판을 받아야 한다는 부담 때문에 피고인 자신의 방어권이 침해되지 않은 한 판결의 효력을 인정하는 것은 불가피 하다고 보더라도, 당사자 대립구도의 민사소송만큼은 적극적으로 상대방 당사자의 동의가 없는 한 그 소송행위의 효력도 부인하여야 할 것⁵⁰⁾으로 본다.

50) 정형근, “변호사의 이익충돌회피의무”, 경희법학 제46권 제2호, 경희대학교 법학연구소, 2011, 229쪽.

참고문헌

1. 단행본

- 정형근 법조윤리강의, 박영사, 2014.
최진안, 법조윤리, 세창출판사, 2014.
법조윤리론, 사법연수원, 2004.
징계사례집 제5집, 대한변호사협회, 2012.
판례·선례 변호사법축조해설, 대한변호사협회, 2009.

2. 학술지

- 손창완, “변호사와 의뢰인간의 이익충돌과 변호사의 의무-미국 변호사협회의 직무행위표준규칙 및 판례를 중심으로”, 법학논총 제33권 제1호, 전남대학교법학연구소, 2013, 427-458쪽.
- 이상수, “차단막을 이용한 이익충돌 회피”, 법과사회 제36권, 법과사회이론학회, 2009, 215-243쪽.
- 이주원/김정환, “독일법조윤리규범의 실태와 시사점-변호사윤리를 중심으로-”, 고려법학 제59호, 고려대학교 법학연구원, 2010, 85-112쪽.
- 이중기, “법무법인에 발생하는 이익충돌과 충실의무: ‘준수탁자’로서의 법무법인”, 홍익법학 제14권 제4호, 홍익대학교 법학연구소, 2013, 457-509쪽.
- 이태영, “변호사의 이익충돌회피의무-현재 의뢰인 사이의 이익충돌을 중심으로-”, 법조 제61권 제9호, 법조협회, 2012, 5-53쪽.
- 정형근, “변호사의 이익충돌회피의무”, 경희법학 제46권 제2호, 경희대학교 법학연구소, 2011, 203-235쪽.
- 정형근, “변호사의 직업윤리에 대한 고찰”, 법조 제58권 제6호, 법조협회, 2009, 278-324쪽.
- 최윤희, “변호사의 비밀유지의무”, 일감법학 제32호, 건국대학교 법학연구소, 2015, 467-481쪽.
- 최형구, “변호사의 겸직제한과 법조윤리 - 사내변호사를 중심으로-”, 법학연구 제24권 제1호, 충남대학교 법학연구소 2013, 11-42쪽.

하정철, “변호사의 종전의뢰인과의 이익충돌·종전사건과 동일하거나 본질적으로 관련
된 사건’ 범위의 비교법적 고찰”, 고려법학 제71호, 고려대학교 법학연구원,
2013, 157-201쪽.

[Abstract]

Lawyers' Duty to avoid 'Conflict of Interests'

Choi, Uni*

In this paper I have reviewed and tried to find better solutions of the subject of 'the conflict of interests', which is regulated by the Attorney-at Law Act and the Attorney's Ethics Code. The several points I have reviewed are conflicting interests of the opposing parties, conflicting interests of the clients of the same party, the ethics of a lawyer who is a retired public official, mediator or arbitrator, prohibition of transfer of the legal right in dispute from a client. Conflict of interests of the opposing parties can be divided into two categories; one is the representation of both parties in the same case, and the other is the representation of the opposing party in a different case. All these rules of restriction of case acceptances are applied to law firms, limited liability law firm or law firm partnership, joint law offices in which two or more lawyers accept or handle cases or conduct the duties of lawyers jointly (hereinafter referred to as "law firm, etc.").

According to the Attorney-at Law Act and the Attorney's Ethics Code, any attorney-at-law should not accept a case brought by the opposing party, for which the lawyer has been consulted by the other party of the case and which the lawyer has already accepted. A lawyer is not allowed to accept a case brought by the opposing party of another case which the lawyer has already accepted, unless the client of the already accepted case has given his or her consent to it. A lawyer also should not accept a case which the lawyer handled or has come to handle in his or her capacity as a public official, mediator or arbitrator.

In the application of the provisions of the restriction of case acceptances, a law firm, etc. shall be considered as one lawyer. Unacceptable cases include cases where a lawyer who retired from a public office is designated as a lawyer in charge of a law firm, etc. The unacceptable cases of a law firm, etc., also include cases where a lawyer who retired from a public office receives attorney fees by actually getting involved in the acceptance

* Professor, Law School of Konkuk University

or performance of cases even though he/she is not indicated as a responsible lawyers in charge of the deeds of case acceptance contract, litigation documents, attorney's statement of opinion, etc.

In addition to that, a lawyer should avoid conflict of interests of his or her clients of a same party, whom he or she represent simultaneously and respectively in a case accepted and handled by himself or herself. A lawyer should not take over the legal right which is the dispute object of the case accepted and handled by him or her. This is not allowed even when such right is assigned to the lawyer as a payment for his or her legal service by his or her client.

[Key Words] Duty to avoid Conflict of Interests, Prohibition and Restriction of Case Acceptances, Representation of Both Parties, Prohibition of Taking Over Rights in Dispute, Cases handled as a Public Official · Mediator or Arbitrator, Application mutatis mutandis to Law Firms, etc