

변호과오(辯護過誤)로 인한 손해배상청구소송에서 설명 의무의 범위 및 인과관계의 입증책임에 관하여

-대법원 2022. 11. 17. 선고 2018다300364 판결을 계기로-

The Extent of a Lawyer's Duty to Explain and the Burden of Proof for Causation in a Legal Malpractice Case

-A Review of the Supreme Court Decision 2018Da300364-

조인영*

Inyoung Cho

목 차

[대상판결]	[평 석]
I. 사실관계	I. 서론
II. 소송의 경과	II. 관례상 인정된 변호과오의 유형
	III. 변호과오에 있어서의 설명의무의 범위
	IV. 변호과오소송에서의 인과관계
	V. 결론

최근 대법원은, 의뢰인으로부터 매매계약 관련 소송대리업무를 위임받은 변호사가 의뢰인으로부터 소송 중에 분쟁 대상 부동산을 처분해도 되는지에 대한 질문을 받자 수 차례 걸쳐서 아무런 문제가 없다는 답변을 하였고, 그 답변을 신뢰한 의뢰인이 해당 부동산을 처분하였다가 배임죄로 유죄 판결을 받은 사안에서, 잘못된 설명을 해 준 변호사는 의뢰인의 정신적 고통에 대하여 불법행위로 인한 손해배상책임을 부담한다고 판시하였다.

변호과오 소송은 변호사 수의 증가, 당사자들의 법률 수준과 권리의식 제고 등으로

<https://doi.org/10.35148/ilsilr.2023..54.395>

투고일: 2023. 3. 14. / 심사완료일: 2023. 4. 25. / 게재확정일: 2023. 4. 26.

* 연세대학교 법학전문대학원 부교수

Associate Professor, Yonsei Law School

인하여 향후 계속 증가할 가능성이 크다. 과거에는 변호과오라 하더라도 상소제기기간 도과와 같이 변호사의 과실과 그로 인한 권리 침해 여부가 비교적 명확한 경우만이 주로 문제되었다면, 이제는 그 내용이 부적절한 경우까지 확대되는 경향이 있고, 대상판결에서도 변호사의 설명·조언이 내용상 부적절하였던 것이 문제되었다. 변호사의 의무, 특히 설명·조언 의무는 구체적인 위임계약의 체결단계와 위임계약의 내용에 따라서 판단하여야 할 것이나, 기본적으로 위임계약의 체결 전 상담단계에서는 계약체결상의 과실책임에 불과하여 의뢰인으로부터 제공받은 정보와 사실관계 및 상담을 의뢰받은 사항에 국한하여 판단해야 할 것이고, 위임계약 체결 후에는 수임인으로서의 당해 소송의 진행 상황과 처리방향 뿐만 아니라, 해당 소송으로 인한 권리 확보에 필요한 보전조치, 해당 소송의 진행에 영향을 미칠 수 있는 관련 행위, 행정·형사상 문제점, 판결의 내용과 항소가능성 등에 대해서도 적절하게 설명할 의무가 발생한다고 볼 것이다.

한편, 변호과오소송의 특수성으로 인하여 변호사의 과실과 재산상 손해와의 인과관계, 특히 승소가능성에 대해서는 인과관계를 추정해야 한다는 견해도 제기되고 있으나, 입증책임 자체를 전환하는 것은 과도하고, 증명의 정도를 개연성으로 완화하는 것은 타당하다. 나아가 정신적 손해의 경우 변호과오가 재판받을 권리의 침해로 이어졌다면 다른 특별한 사정이 없이도 바로 정신적 고통을 인정함이 타당하나, 그 외의 경우에는 재산상 손해배상으로도 회복할 수 없는 특별한 사정을 의뢰인이 여전히 주장·입증해야 한다고 봄이 상당할 것이다.

대상판결은 이러한 관점에서 변호사는 의뢰인이나 그의 대리인으로부터 위임된 소송의 소송물 또는 공격방어방법, 후속 분쟁 발생 가능성 등의 측면에서 위임사무 수행과 밀접하게 관련된 법률적 문제에 관하여 구체적인 질의를 받은 경우에는, 그것이 직접적인 위임사무가 아니더라도 적절하게 설명해 주어야 할 의무가 있고, 변호사가 만연히 승소를 장담하면서 잘못된 설명을 하여 의뢰인이 형사처벌을 받게 되었다면 그로 인한 위자료를 배상할 책임이 있다고 보았다. 이러한 대상판결의 결론은 타당하며, 변호사는 평균적인 변호사 이상의 법률지식 수준을 유지하기 위한 노력을 경주함과 동시에 의뢰인에게 결과에 대한 잘못된 확신을 주지 않도록 경각심을 유지하여야 할 것이다.

[주제어] 변호과오소송, 설명의무, 인과관계, 개연성, 위자료

[대상판결]

I. 사실관계

가. 원고 1은 2011. 3. 2. 아버지인 원고 2를 대리하여 甲 등에게 원고 2 소유 부동산을 매도하고(이하 ‘제1매매’라 한다) 2011. 7. 5. 중도금을 수령하였다.

나. 甲 등은 2013년 원고 2를 상대로 소유권이전등기절차이행 등을 구하는 소송(이하 ‘선행소송’이라 한다)을 제기하였다. 원고 1은 원고 2를 대리하여 법무법인 OO에 소송을 위임하면서 그 보수 지급의무를 연대보증하였고, 법무법인 OO의 대표변호사인 피고를 위 사건의 담당변호사로 지정하였다.

다. 선행소송에서 원고 2는 甲의 귀책사유로 제1매매계약이 해제되었다고 주장하였으나, 법원은 원고가 제한물권을 말소하고 완전한 소유권이전등기의무의 이행제공을 하면서 매수인에게 이행의 최고를 하지 아니한 이상 甲의 귀책사유로 제1매매계약이 해제되었다고 보기는 어렵다고 한 뒤, 2014. 2. 6. “원고 2는 甲 등으로부터 잔금을 지급받음과 동시에 甲 등에게 이 사건 각 부동산에 관하여 제1매매를 원인으로 하는 소유권이전등기 절차를 이행하라”는 판결을 선고하였다. 이에 원고 1은 다시 원고 2를 대리하여 법무법인 OO에 소송을 위임하고 피고를 담당변호사로 지정하였다.

라. 원고 1은 항소 무렵인 2014. 2.경 피고에게 이 사건 부동산을 제3자에게 매도해도 되는지 문의하였고, 피고는 가능하다고 말하였다. 이에 원고 2는 2014. 2. 11. 乙 조합에 이 사건 부동산을 매도하고(이하 ‘제2매매’라 한다) 같은 날 매매예약을 원인으로 한 소유권이전청구권가등기를 마쳐주었으나, 이후 위 매매계약을 해지하고 같은 날 위 가등기를 말소하였다.

마. 원고 1은 2014. 5.경 다시 피고에게 이 사건 부동산을 처분해도 되는지 문의하였는데, 피고는 ‘소송 중이어도 괜찮다, 상관없다, 법적으로 문제 없다’는 취지로 답하였다. 그러자 원고 2는 2014. 5. 30. 丙 법인에 이 사건 부동산 등을 매도하고(이하 ‘제3매매’라 한다) 소유권이전등기를 마쳐주었다.

바. 그러나 선행소송 판결은 그대로 확정되었고, 원고들은 제1매매계약에 기한 소유권이전등기의무를 부담하는 상태에서 제2, 3 매매계약을 체결하고 등기를 마쳐준 행위로 인해 2016. 3. 31. 배임죄로 각 벌금 200만 원의 선고유예 판결을 받았다.

사. 한편, 법무법인 OO은 원고들을 상대로 선행소송의 항소심 수입료 3,300만 원을 포함한 총 4개 사건의 수입료 청구소송을 제기하였다. 위 소송에서 원고들은 피고의 잘못된 조언으로 입은 위자료 각 1,000만 원을 자동채권으로 하여 수입료 채권과 상계한다는 취지로 항변하였으나, 법원은 “① 피고들)은 원고(법무법인 OO)에게 소송을 위임하기 전부터 이 사건 부동산을 매각하거나 담보로 제공하고 대출을 받아 위 부동산에 관한 경매신청을 취하하려 했던 점, ② 원고(법무법인 OO) 소속 변호사 H)는 선행소송의 승소

1) 대상판결의 원고들이다.

를 전제로 이 사건 부동산의 가등기 및 소유권이전등기의 가능성에 대해 답변했던 것이고 피고들의 형사책임에 관한 문제까지 포함하고 있다고 단정할 수 없는 점 등을 종합하면 H의 잘못된 설명이나 조언으로 원고들이 배임죄로 처벌받게 되었다고 인정하기 부족하다³⁾는 이유로 원고들의 상계 항변을 배척하고 법무법인 OO의 청구를 인용하였다.)

아. 원고들은 피고를 상대로 불법행위를 원인으로 한 이 사건 위자료 청구소송을 제기하였다.

II. 소송의 경과

1. 1심 판결 (의정부지방법원 2017. 6. 29. 선고 2016가단20510 판결) : 일부 인용

1심 법원은 피고가 법률전문가로서 성실하게 답변해야 할 주의의무 또는 보호의무를 위반하여 원고들로 하여금 배임죄로 유죄판결을 받는 등의 정신적 고통을 입게 하였다고 판단하고, 피고에게 원고들이 청구한 손해배상금(각 2,700만 원) 중 각 800만 원을 위자료로 지급할 것을 명하였다.

위 소송 과정에서 피고는 원고들이 이중매매에 관하여 질의하기 전부터 제3자에게 매도할 의도를 갖고 있었으므로 피고의 답변과 원고들의 부동산 처분행위 사이에 인과관계가 없다는 취지로 주장하였으나, 1심 법원은 원고들이 그와 같은 확정적 의사를 가지고 있다는 반증이 없고, 만일 원고들이 그러한 의도를 가지고 있었다고 하더라도 피고가 제대로 답변하였다면 처분을 재고하거나 단념하였을 가능성도 존재하므로 피고의 답변과 원고들의 처분행위 사이에는 인과관계가 존재한다고 판단하였다.

또한 피고는, 자신의 답변은 선행소송에서 승소했을 때에는 처분행위가 문제되지 않는다는 취지로 답변한 것이었다고 주장하였다. 그러나 1심 법원은 피고의 답변 내용이 그러한 취지라고 보기 어렵고, 피고가 부동산 처분행위가 적법하기 위한 전제조건에 대하여 법률 문외한인 원고들이 이해할 수 있도록 충분히 설명하지 아니하였다고 판단하였다.

2) 대상판결의 피고이다.

3) 서울중앙지방법원 2016. 6. 14. 선고 2015가단59076 판결 및 그 항소심인 서울중앙지방법원 2016. 10. 5. 선고 2016나39247 판결(지연손해금 일부를 제외한 수입료 청구 모두 인용. 상고취하로 그대로 확정).

2. 원심판결 (의정부지방법원 2018. 12. 5. 선고 2017나207995 판결) : 항소 기각

원심 역시 1심 판결과 같은 이유로 피고에 대해 같은 액수의 위자료 지급을 명하였다. 한편, 피고는 ‘원고들은 금융기관에서 대출을 받을 목적으로 丙에게 소유권을 이전한 것이며 丙은 2014. 8.경까지 대출이 이루어지지 않으면 원고 2에게 이 사건 각 부동산의 소유권을 회복하겠다고 약정하였으므로 丙에게 소유권을 이전하는 행위가 배임죄에 해당하지 않고, 원고들이 형사고소를 당하였을 때 이 사건 각 부동산에 관하여 丙 명의의 소유권이전등기를 말소하고 소유자 명의를 원고 2로 회복하였다면 원고들이 형사 처분을 받지 않았을 것이므로, 원고들이 형사 처분을 받은 것은 피고의 법률적 조언과는 상당인과관계가 없다’고도 주장하였다. 그러나 원심은 매매계약이 적법하게 해제되지 않은 이상 매도인이 다시 제3자와 사이에 매매계약을 체결하고 제2 매수인에게 소유권이전등기까지 마친 경우 배임죄는 기수에 이른다고 할 것이며, 일단 손해의 위험성을 발생시킨 이상 사후에 그 피해가 회복되었다 하여도 배임죄의 성립에 영향을 주는 것은 아니라는 이유로 위 주장을 배척하였다.

3. 대법판결 (2022. 11. 17. 선고 2018다300364 판결) : 상고 기각

대법원 역시 1, 2심과 마찬가지로 피고의 책임을 인정하여 상고를 기각하면서 아래와 같이 판시하였다.

“변호사의 신분적 지위와 직무수행의 방법과 한계, 의뢰인에 대한 의무의 목적과 성격 등을 종합하면, 변호사는 의뢰인이나 그의 대리인으로부터 위임된 소송의 소송물 또는 공격방어방법, 후속 분쟁 발생 가능성 등의 측면에서 위임사무 수행과 밀접하게 관련된 법률적 문제에 관하여 구체적인 질의를 받은 경우에는, 그것이 직접적인 수임사무는 아니더라도 해당 질의 사항이 가지고 있는 법률적인 문제점, 그들의 선택에 따라 향후 발생할 수 있는 상황과 현재 수행하는 소송에 미칠 영향, 만일 형사처벌이 문제될 여지가 있다면 그 위험성 등을 당시 인식할 수 있었던 상황과 법률전문가로서 통상적으로 갖추고 있는 법률지식의 범위에서 성실히 답변하여야 한다. 그리고 만약 그러한 질의 사항이 자신의 법률지식과 경험 범위를 벗어난 것이어서 답변하기 어렵다고 판단되거나 그에 관하여 일반적이거나 확립된 견해와 다른 입장을 갖고 있다면, 의뢰인이나 그의 대리인에게 다른 법률전문가에게도 상담을 받도록 조언하거나 적어도 이를 알림으로써 숙고하

여 선택할 수 있는 기회를 부여해야 할 것이다. 변호사가 의뢰인이나 그의 대리인에 대하여 부담하는 위와 같은 의무를 위반한 경우, 개별 사안에서 질의와 답변의 경위나 내용, 동기나 의도, 침해된 이익의 성격과 정도 등 여러 사정을 종합하여 볼 때 변호사의 행위가 전문적·합목적적 재량에 유보된 영역의 것이 아니고 변호사 직무의 공공성과 윤리성, 사회적 책임성 등에 비추어 위법하다고 평가할 수 있는 때에는 불법행위가 성립할 수 있다.”

“(피고는) 이 사건 부동산이 처분행위는 위임사무 수행과 밀접하게 관련된 법률적 문제에 관하여 구체적 질의를 받았으므로 그러한 처분이 소송물이나 공격방어방법에 영향을 미칠 가능성(상대방의 이행불능을 이유로 한 손해배상청구로의 청구변경 및 원고들의 손해 확대 가능성 등) 등을 설명하는 한편, 대법원의 확립된 입장에 따를 경우 배임죄로 형사처벌을 받을 가능성도 있음을 법률전문가의 입장에서 성실히 고지해 주어야 한다. (중략) 피고가 당초 부동산 이중매매의 배임죄 성립 요건 및 기수시기에 관한 대법원의 확립된 입장과 다른 견해를 갖고 있었다거나 그러한 사정을 원고들에게 알려주었다고 볼 자료도 없다.”

[평 석]

I. 서론

변호과오소송(Legal Malpractice)은 의료과오소송(Medical Malpractice)과 마찬가지로 영미권에서는 매우 자주 발생하는 소송유형의 하나이다. 과거에는 우리나라에서만 아니라 다른 국가들에서도 모두 변호과오소송이나 의료과오소송과 같이 전문가의 업무상 불법행위를 원인으로 하는 소송은 그 업무의 전문적인 성격에 비추어 당사자가 행위의 위법성을 인식하기 어렵고 고의·과실이나 인과관계를 입증하기도 어려워 그 예를 찾기 어려웠다. 그러나 의료과오소송은 이미 영미권에서만 아니라 우리나라에서도 매우 보편적인 소송 형태가 되었고, 의료과오에 특유한 인과관계의 추정, 간접사실에 의한 과실 추정 등의 법리도 대폭 발전해 왔다. 최근에는 회계사의 부실감사 등으로 인한 책임도 다수 문제 되고 있다.⁴⁾ 이에 반해 변호과오소송은 우리나라에서는 여전히 그 예가 매우 드문 편이고, 변호과오에 고유한 법리나 쟁점에 대해서도 아직까지는 그다

지 논의가 많지 않은 실정이다.⁵⁾ 변호과오에 의한 손해배상책임이 인정된 몇 건의 사례 역시 상고이유서를 제출하지 않았거나 항소기간을 도과하는 등 위임받은 사건의 소송수행 행위 자체에 대해 명백한 과실이 인정되는 경우에 국한된 것이 대부분이었다.

그런데 대상판결은 직접적인 수임사건을 대상으로 한 소송행위가 아니라 ‘위임사무수행과 밀접하게 관련된 법적 쟁점’에 관하여서도 변호과오로 인한 손해배상책임을 인정하였다. 이는 종래에 문제된 사안에 비해 변호과오의 책임 대상이 넓게 인정될 여지가 있다는 점에서 주목할 만하다. 나아가, 1심 법원은 변호사의 잘못된 조언과 원고들의 형사처벌 사이에 ‘반증이 없는 한’ 인과관계가 인정된다는 취지로 판시하였는바, 향후 변호과오와 의뢰인의 손해 사이에서도 의료과오소송에서와 같이 인과관계의 추정 범리가 인정될 여지가 있는지 여부도 문제될 수 있다. 최근 로스쿨 출범 이후 변호사 수가 급증하면서 그에 따른 변호과오 소송도 증가할 여지가 큰 현실을 감안하면, 이제 변호과오소송과 관련된 이러한 쟁점들에 대해서도 보다 면밀한 검토가 필요한 시점이다.⁶⁾

이 글은 대상 판결을 계기로 변호과오소송에서의 ‘변호과오’의 유형과 범위, 인과관계, 그리고 그에 따른 손해배상범위를 살펴보는 것을 목적으로 한다. 이를 위해 먼저 종래 판례에서 변호과오가 문제된 사례를 유형별로 분석하고(II), 변호과오에서의 선관주의의무의 범위, 특히 설명의무의 범위와 인과관계에 관한 기존 논의와 그 타당성을 검토한다(III,IV). 그리고 이상의 검토를 요약하는 것으로 결론에 갈음한다(V). 다만 본 글의 검토범위는 변호과오로 인한 민사상의 손해배상책임에 국한하고, 그로 인한 소송법적 효과는 본 논문의 검토범위가 아님을 밝혀둔다.⁷⁾

4) 회계법인의 부실감사에 대해 불법행위로 인한 손해배상책임을 인정한 최근의 판결례로 대법원 2022. 11. 30. 선고 2017다841, 858 판결; 대법원 2022. 7. 28. 선고 2019다202146 판결; 대법원 2020. 4. 29. 선고 2014다 11895 판결 등 참조.

5) 그 이유로서는 직무의 전문성과 전문가를 상대로 소송을 제기하는 것에 대한 일반인의 주저, 법조인들의 동업자 의식, 소송 외의 분쟁해결, 법원의 후견적 역할로 인한 과오의 시정, 변호사징계위원회 등에 의한 의뢰인의 불만 흡수 등이 거론된다. 양창수, 민법연구 제6권, 박영사, 2001, 447-448쪽; 이청조, “변호과오소송의 추이와 동향”, 동아법학 제6호, 동아대학교 법학연구소, 1988, 515쪽 이하 참조.

6) 다만, 1990년대에도 사법시험 합격자수의 증가로 인해 변호과오소송이 대폭 증가할 것이라는 주장이 종종 제기되었으나 이후에도 변호과오소송이 크게 증가하지 않았다는 점은 다소 흥미롭다. 김상영, “변호과오소송에 관한 연구”, 민사소송 제2권, 한국민사소송법학회, 1999, 192쪽 참조.

7) 미국에서는 불성실한 변론으로 인해 헌법이 보장하는 변호인의 조력을 받을 권리와 재판절차의 공정성과 적정성이 침해된 경우 유죄판결 자체를 파기할 수 있다고 보고 있다. 정한중, “효과적인 변호’를 받을 권리 - 변호인의 성실의무 위반을 중심으로-”, 서울법학 제23권 제1호, 서울시립대학교 법학연구소, 2015, 257쪽 이하.

II. 판례상 인정된 변호과오의 유형

대상 판결은 변호사의 잘못된 설명에 대하여 불법행위로 인한 손해배상책임을 인정한 사안이다. 종래에도 우리 판례상 설명의무위반이 인정된 경우가 있었으나, 손해배상책임이 인정된 대부분의 사안은 기간도과나 해태 등 변호사가 그 업무상 주의를 소홀히 하였음이 명백한 경우가 대부분이었다. 그러나 업무상 주의의무위반이 인정된 사안에서도 재산적 손해와의 인과관계에 대한 판단은 다소 엇갈린다. 이하에서 구체적으로 살펴본다.

1. 기간도과 · 기일해태

1.1 상고이유서 미제출

X는 Y 법무법인과 X를 상대로 제기된 사해행위취소소송의 항소심 소송에 관한 위임계약을 체결하였다. 그런데 위 항소심에서 X는 1심에서 지급을 명한 금액보다 929,145,000원을 추가로 지급하라는 취지의 판결을 선고받았다. Y 법무법인은 항소심 법원에 상고장을 제출하였으나 상고이유서가 제출기간을 5일 도과한 시점에 제출되는 바람에 상고가 기각되었다. 이에 X는 Y의 선관주의의무 위반으로 인해 손해를 입었다고 주장하면서 항소심에서 추가로 지급을 명한 929,145,000원 중 일부인 1억 원 상당의 재산상 손해와 위자료 1억 원 등 합계 2억 원의 배상을 청구하였다.

위 사건에서 대법원은 상고이유서 미제출로 인한 손해배상은 상고이유서를 기간 내 제출하였다면 상고인이 승소하였을 것이라는 점에 대한 입증이 있어야 손해배상청구가 가능한데, 공동상고인이 상고이유서 제출기간 내에 상고이유서를 제출하였음에도 상고가 기각된 점 등에 비추어 그 입증이 부족하다는 이유로 재산상 손해에 대한 청구를 기각하였다. 다만 이로 인한 위자료 청구는 인용하면서, X가 상고심 수입료로 10,000,000원을 지급하고 인지대 및 송달료로 16,479,960원을 지출한 점 등을 종합하여 위자료는 20,000,000원으로 정함이 상당하다고 판단하였다.⁸⁾

8) 대법원 2013. 2. 14. 선고 2012다77969 판결(원심인 서울고등법원 2012. 7. 13. 선고 2011나81482 판결에 의하면, 전 소송의 공동피고이자 공동상고인은 상고기간 내 상고이유서를 제출하였음에도 상고기가 판결을 받았고, 이러한 사정이 인과관계를 부정하는 근거로 작용한 것으로 보인다.); 같은 취지로 상고이유서 미제출로 인한 재산상 손해배상청구를 기각한 판결로 대법원 1995. 5. 12. 선고 93다62508 판결 참조.

1.2 제척기간 도과

원고는 甲이 원고에 대한 채무를 부담하고 있는 상태에서 乙에게 X, Y 부동산의 건축허가 등을 양도하자, 피고에게 법률자문을 구하였다. 피고는 2007. 9.경 의견서를 송부하면서 乙을 상대로 사해행위 취소소송을 제기해야 한다는 의견을 제시하였고, 원고는 위 의견서를 받고 그 무렵 피고에게 사해행위취소송을 위임하였다. 피고는 2007. 9. 12. X 부동산에 관한 사해행위취소소송을 제기하여 승소판결을 받았고, 그 항소심에서 가액배상을 명하는 취지의 화해권고결정이 확정되었다. 그러나 피고는 Y 부동산에 대해서는 2009. 2. 6. 사해행위취소소송을 제기하였고, 법원은 사해행위를 안 날로부터 1년의 제척기간이 경과하였다는 이유로 소를 각하하였다. 이에 원고들이 피고를 상대로 손해배상청구소송을 제기하자, 대법원은 ‘특별한 사정이 없는 한 대상소송이 의뢰인에게 불리하게 확정되거나 이에 준하는 상태가 된 때에 비로소 의뢰인에게 현실적으로 손해가 발생한다고 볼 수 있고, 손해배상청구권의 소멸시효도 그때부터 진행한다고 봄이 타당하다’고 본 다음, 원고의 손해배상채권은 각하판결이 확정된 2011. 8. 22.로부터 5년의 상사소멸시효에 해당한다고 보아, 각하판결의 1심 선고일로부터 소멸시효를 기산한 원심판결을 파기하였다. 위 사건의 파기환송심에서는 X 부동산에 관한 소송경과에 비추어 피고가 Y 부동산에 관하여 제때에 소송을 제기하였다면 280,250,000원의 가액배상을 받을 수 있었고, 소송비용확정절차를 거쳐 9,902,950원을 반환받을 수 있었으며, 원고의 패소로 인해 乙에게 14,196,710원의 소송비용을 지급하지 않아도 되었을 것이므로, 위 합계액 304,340,660원이 재산상 손해로 인정된다고 하면서도, 수임료가 100만 원에 불과하였던 점 등을 고려하여 책임을 그중 30%로 제한함으로써 91,304,890원의 배상책임만을 인정하였다.⁹⁾

1.3 상소기간 도과

변호인이 상소기간을 도과한 경우에도 업무상 주의의무 위반으로 인한 손해배상책임이 인정된다. 대법원 판례 중에는 변호사 본인이 상고기간을 놓친 경우 뿐만 아니라 변호사가 사무실 직원을 통하여 판결문을 교부하고 상고 여부를 확인하도록 하였는데 변호사 사무실 직원이 상고제기기간을 잘못 고지하여 의뢰인이 상고 기회를 놓친 경우에

9) 대법원 2018. 11. 9. 선고 2018다240462 판결 및 파기환송심 서울고등법원 2019. 6. 12. 선고 2018나2063922 판결(대법원 2019. 9. 26. 선고 2019다247941로 확정).

도 변호사의 손해배상책임을 인정한 사례가 있다. 다만, 위 사안에서도 상고를 제기하여 승소하였다면 얻을 수 있었던 재산상 손해와의 인과관계는 부정되고, 위자료 15,000,000원만이 손해배상액으로 인정되었다.¹⁰⁾

1.4 기일불출석

(1) X가 Y 변호사와 배당이의소송에 관한 위임계약을 체결하였는데 Y가 1회 변론기일에 출석하지 아니하여 소송이 취하간주로 종결된 사안에서, 법원은 Y가 출석하였더라도 승소할 수 있었다고 보기 어려운 이상 X의 재산상 손해¹¹⁾를 인정할 수는 없으나, X는 종국적 판단을 받을 권리를 침해당하고 분쟁의 종결이 지연되는 등 비재산상 손해를 입었으므로, Y는 X에게 10,000,000원의 위자료를 지급할 의무가 있다고 판단하였다.¹²⁾

(2) 마찬가지로 변호사가 항소심 변론기일에 2회 불출석하여 항소 취하간주로 1심의 패소판결이 그대로 확정된 경우에도 변호사는 선관주의로서 위임사무를 처리할 의무를 위반한 것이므로 채무불이행으로 인한 손해배상책임을 부담한다.¹³⁾ 위 사건의 원심은 해당 사건이 취하간주되지 않았더라도 1심 판결이 그대로 유지되었을 것이므로 손해와의 인과관계가 없다는 취지로 판시하였으나, 대법원은 인과관계에 대해서는 별도로 판단하지 아니하고, 변호사가 선관주의의무를 위반한 이상 위임계약상 채무불이행에 해당한다는 취지로만 파기환송하였다.

2. 설명의무 위반

2.1 판결의 오류를 발견하고 항소 필요성에 관하여 설명할 의무

원고들은 피고에게 교통사고로 인한 손해배상청구소송을 위임하였는데, 1심법원은 소득 활동기간 96개월을 잘못하여 12개월로 계산함으로써 일실수입 약 1억 3,500만 원을

10) 대법원 1997. 5. 28. 선고 97다1822 판결.

11) 원고는 수임료와 인지대 등 3,898,600원 및 승소시 배당받을 수 있었던 107,000,000원의 합계 110,898,600원 중 일부인 98,898,600원의 재산상 손해와 위자료 12,000,000원의 지급을 청구하였다.

12) 대구지방법원 2012. 9. 5. 선고 2011가합9260 판결.

13) 대법원 1959. 11. 26. 선고 4292민상271 판결; 유사한 취지로 대법원 2015. 9. 10. 선고 2013다9918 판결(변호사의 변론기일 2회 불출석으로 소송이 취하간주된 사건. 다만 손해와의 인과관계는 부정되었다).

약 5,250만 원으로 잘못 계산하였다. 그런데 피고는 판결문상 일실수입이 잘못 계산되었음을 발견하지 못하고, 원고측 과실을 70%로 인정한 위 판결에 항소하더라도 패소할 위험이 크다고만 설명하였다. 원고들은 피고의 조언에 따라 항소를 제기하지 아니하였고, 상대방이 항소를 제기한 다음 부대항소만을 제기하였는데 이후 상대방이 항소를 취하함으로써 원고들의 부대항소가 효력을 잃게 되어 일실수입을 잘못 계산한 1심 판결이 그대로 확정되었다.

위 사건에서 대법원은 ‘변호사는 위임사무의 종료단계에서 패소판결이 있었던 경우에는 의뢰인으로부터 상소에 관하여 특별한 수권이 없는 때에도 그 판결을 점검하여 의뢰인에게 불이익한 계산상의 잘못이 있다면 의뢰인에게 그 판결의 내용과 상소하는 때의 승소가능성 등에 대하여 구체적으로 설명하고 조언하여야 할 의무가 있다’는 이유로 피고의 손해배상책임을 인정하였다. 나아가 그 손해액에 대해서는 원고들이 항소를 제기하여 일실수입이 올바르게 계산되었다면 원고들이 추가로 받을 수 있었던 금원이 통상손해에 해당한다고 보면서도, 원고들 스스로도 계산상의 오류를 발생하지 못한 과실 등을 고려하여 그 책임을 손해액의 60%로 제한하였다.¹⁴⁾

2.2 추심신고 필요성에 관한 설명의무

하급심 중에는 추심명령을 받은 대리인이 의뢰인에게 추심신고에 대해서 설명해 주지 않은 경우에도 주의의무 위반을 인정한 것이 있다. 원고는 甲에 대한 물품대금 청구소송을 제기하면서 피고 법무법인을 대리인으로 선임하였다. 원고는 1심에서 승소판결을 받은 뒤 피고 법무법인에 추심명령 신청을 의뢰하여 2010. 4.경 甲의 해방공탁금에 대한 압류 및 추심명령을 받았다. 원고는 2010. 4. 23. 피고 법무법인에 의뢰하지 아니하고 직접 해방공탁금 290,190,800원을 수령하였으나 집행법원에 추심신고를 하지 않고 있다가 2021. 6. 9.에서야 추심신고를 하였다. 한편, 甲의 다른 채권자인 丙은 2020. 5.경 위 해방공탁금에 대한 배당요구신청을 한 다음 원고를 상대로 공탁 등 이행청구소송을 제기하여 인용판결을 받았고, 원고는 307,317,683원을 공탁하였는데, 다른 배당요구권자의 청구액 등을 고려하면 원고가 배당받을 수 있는 금액은 140,767,495원에 불과하였다.

위 사안에서 법원은, 일반적으로 추심명령에 의한 추심은 추심신고가 필수적이라는 것이 특히 법률사무를 담당하는 자들에게는 법률적 상식에 가깝고, 추심명령 결정문에

14) 대법원 2004. 5. 14. 선고 2004다7354 판결.

도 추심신고 의무와 그 법률적 위험성에 관한 기재가 있으며, 사실관계상 피고 법무법인은 원고가 직접 추심금을 수령하였다는 사실을 충분히 알고 있었으므로, 피고 법무법인은 원고에게 이 사건 추심명령에 기하여 추심행위가 있었는지, 추심신고가 행해졌는지 등을 확인하고 법률적 위험성 등에 대하여 고지하여야 한다고 보았다. 다만 추심명령은 본안소송의 부수적인 업무로서 별도의 보수없이 이루어졌을 것으로 보이고 소송 전체의 수입료가 2,300여만 원에 불과한 점 등을 고려할 때 피고 법무법인의 책임은 8,000만 원(당초 추심한 금액에서 다른 배당요구권자와 안분배당을 함으로써 변제받지 못하게 된 금액 약 1억 6천만 원의 50%)으로 제한함이 타당하다고 보았다.¹⁵⁾

2.3 사고신고담보금에 대한 권리조치 필요성에 관한 설명의무

(1) 판례 중에는 강제집행 확보를 위한 조치에 관하여 설명의무를 인정한 것도 있다. 대법원은 ‘피사취수표와 관련된 본안소송을 위임받은 변호사가 사고신고담보금에 대한 권리 보전조치의 위임을 별도로 받은 바 없다면, 적극적으로 사고신고담보금에 대한 권리 보전조치로서 지급은행에 소송계속 중임을 증명하는 서면을 제출하여야 할 의무가 있다고 볼 수는 없다’고 하면서도, 피사취수표와 관련된 본안소송을 위임받은 변호사가 위임받은 소송업무를 수행함에 있어서 사고신고담보금이 예치된 사실을 알게 되었다면, 이 경우에는 수표 소지인이 당해 수표에 관한 소송이 계속중임을 증명하는 서면을 지급은행에 제출하고 수익의 의사표시를 하면 나중에 확정판결 등을 통하여 정당한 소지인임을 증명함으로써 사고신고담보금에 대한 직접청구권이 생기므로, 승소 판결금을 회수하는 데 있어 실효성이 큰 이와 같은 방안을 위임인에게 설명하고 법률적인 조언을 하여야 할 보호의무가 있다고 판시하였다.¹⁶⁾

(2) 그러나 위 사고신고담보금 외에 가압류, 가처분 등의 일반적인 보전조치에 관하여 변호사의 설명의무를 인정한 판례는 아직 보이지 아니한다. 판례 중에는, 소송 위임장의 위임권한란에 ‘가압류·가처분에 관한 소송행위’라는 기재가 있었다고 하더라도 변호사의 의무는 구체적 위임계약에 따라 판단하여야 하며, 소유권이전등기청구소송을 수입한 변호사가 수입일로부터 6개월이 지난 시점에 등기부등본을 열람해 보았다가 그 소송의 상대방 9인 중의 1인이 계쟁 토지에 관하여 협의분할에 의한 재산상속을 원인으로 단독

15) 서울남부지방법원 2022. 7. 12. 선고 2021가단263728 판결.

16) 대법원 2002. 11. 22. 선고 2002다9479 판결.

명의로 소유권이전등기를 마친 사실을 알게 되어 그 토지에 대한 처분금지가처분신청을 하였으나 가처분기입등기가 마쳐지기 전에 상대방이 제3자에게 근저당권설정등기를 경료해 준 사안에서, 변호사가 수임 당시 의뢰인에게 그 토지에 대한 소유권이전등기청구권을 보전할 필요성 및 처분금지가처분절차에 관하여 설명해 주었어야 할 의무를 인정하기 어렵다는 이유로 변호사의 손해배상책임을 부정한 사례가 있다.¹⁷⁾

2.4 회생절차에서의 면책 가능성

하급심 판결 중에는 회생절차에서의 면책 가능성에 대해 잘못 설명한 경우에도 설명 의무위반을 인정하는 취지로 판시한 것이 있다. 원고는 법무법인 X의 사무장과 상담 과정에서 불법행위로 인한 손해배상채권도 개인회생절차를 통해 면책될 수 있다는 설명을 듣고 개인회생 사건을 법무법인 X에게 위임하였다. 그러나 이후 해당 채권은 고의로 가한 불법행위로 인한 손해배상채권이라는 이유로 면책되지 아니하였다. 그러자 원고는 제대로 된 설명을 들었다면 개인회생신청을 하지 않았을 것이라는 이유로 담당 변호사와 사무장을 피고들로 삼아 손해배상청구소송을 제기하였다. 위 사건에서 법원은 소송을 위임받은 것은 법무법인이므로 피고들의 채무불이행책임은 성립하지 아니한다고 하면서도, 설명 채무불이행책임이 성립한다고 하더라도 해당 채권에 대해서는 어차피 변제 의무를 부담하는 것이고 설명의무 위반에 따라 변제 의무를 부담하게 된 것이 아니어서 인과관계가 인정되지 아니한다는 취지로 원고의 청구를 기각하였다.¹⁸⁾

III. 변호과오에 있어서의 설명의무의 범위

지금까지 살펴본 바와 같이, 변호사가 수임한 당해 사건에서 제출할 서류의 기간을 초과하였거나 기일을 해태한 경우에는 변호사의 업무상 선관주의의무 위반으로 인한 채무불이행책임 내지 불법행위책임을 명확하게 인정할 수 있다. 변호사가 소송 수행 과정에서 상대방이나 제3자의 명예를 훼손했다든지, 부당제소를 했다든지, 의뢰인의

17) 대법원 1997. 12. 12. 선고 95다20775 판결; 하급심으로는 부산지방법원 2007. 5. 11. 선고 2006나7393, 7409 판결; 인천지방법원 2004. 8. 4. 선고 2002가단80187 판결 등 참조.

18) 서울중앙지방법원 2021. 8. 17. 선고 2019가단5219147 판결.

금원을 유용했다든지 하는 경우에도 당연히 선관주의의무 위반으로 인한 불법행위가 성립할 것이다. 그러나 설명의무의 범위에 대해서는 제소기간 등과 같이 확실적인 기준을 획정하기 어려운 것이 사실이다. 이하에서 변호사의 일반적인 업무상 주의의무, 즉 선관주의의무에 관하여 대략적으로 살펴본 뒤, 그 중 설명의무의 범위를 어떻게 구체화하는 것이 바람직한 것인지, 설명의무의 기준과 범위에 관한 대상 판결의 결론이 타당한지에 관하여 검토한다.

1. 변호사의 선관주의의무

변호사의 의뢰인에 대한 선관주의의무는 기본적으로 변호사와 의뢰인 사이의 위임계약에서 비롯될 뿐만 아니라,¹⁹⁾ 변호사라는 전문직 종사자에게 요구되는 배려의무 내지 주의의무에 의해서도 인정된다.²⁰⁾ 우리 민법상 위임에 관한 규정에 의하면 변호사는 의뢰인으로부터 법률사무에 관한 수임사무의 처리를 위임받은 사람이므로, 위임계약에서 정한 바에 따라 선량한 관리자로서의 주의의무를 다하여 사무를 처리할 의무가 있다(민법 제681조). 또한 위임에 따른 부수적 의무로서 변호사는 수임사무에 관한 사무처리 보고의무(민법 제683조)를 지니므로, 의뢰인이 요청을 하지 아니하였더라도 수임사무의 처리과정을 의뢰인에게 보고하고 의뢰인이 처리 방안을 선택하거나 이를 고지받도록 해야 한다.²¹⁾ 또한 변호사는 위임사무처리 과정에서 받은 금전 기타 물건과 그 과실을 의뢰인에게 인도하고, 의뢰인을 위하여 자기 명의로 취득한 권리를 이전할 의무도 있으며(민법 제684조), 변호사법상 비밀유지의무(변호사법 제26조), 수임장부의 작성·보관의무(변호사법 제28조) 뿐 아니라 적절한 상담과 자문·조언을 하고, 판례 등 법리를 연구할 의무도 있다.²²⁾ 변호사의 위임사무 처리 의무는 수단 채무이므로 그 사무처리

19) 강희원, “변호사의 책임(하)-우리나라의 현황과 민사책임의 법이론적 구성을 중심으로”, 인권과 정의 제233호, 대한변호사협회, 1996, 123쪽; 이재목, “변론과오와 변호사의 민사책임에 관한 일고”, 법학연구 제14권, 충북대학교 법학연구소, 2003, 250쪽.

20) 김종윤, “변호사 과오책임”, 인권과 정의 제208호, 대한변호사협회, 1993, 77쪽; 김윤중, “변호사배상책임보험의 보험약관상 보상책임조항의 해석”, BFL 제84호, 서울대학교 금융법센터, 2017, 92쪽; 참고로, 변호사와 의뢰인의 관계의 본질에 대해서는 직무설, 계약설, 특수신뢰관계설 등이 제기된다. 이에 대해서는 이청조, “변호사의 의뢰인에 대한 기대권침해론”, 동아법학 제8호, 동아대학교 법학연구소, 1989, 212-212쪽 참조.

21) 변호사는 전문가로서의 고도의 주의의무와 재량 범위 내에서 최대한 의뢰인의 이익을 위하여 업무를 처리할 충실의무를 부담하며, 의뢰인이 설명의무있는 동의(informed consent)를 하도록 해야 한다. 서울대학교 법과대학 편, 법률가의 윤리와 책임, 박영사, 2000, 294-295쪽(양창수 집필부분).

22) 소재선, “전문가로서 변호사의 민사책임 -독일, 프랑스, 일본 등 대륙법국가를 중심으로”, 법조 제44권 제11호,

는 어느 정도 변호사의 재량권이 인정되지만, 의뢰인의 지시가 있다면 이에 따라야 한다. 다만, 변호사는 법률전문가이므로 의뢰인의 진술에만 의존하지 않고 사실관계를 명확히 파악해야 하며, 의뢰인의 지시가 부적절한 경우, 적절한 처리 방안에 관한 조언을 해주어야 한다.²³⁾ 그러나 그럼에도 불구하고 의뢰인이 본인에게 불리한 특정 처리 방향을 고집한다면 변호사는 그 지시에 따를 수 밖에 없다.²⁴⁾

변호사의 선량한 관리자로서의 주의의무는 일반 평균인이 아니라 변호사라는 전문직 내에서 적용되는 주의의무이므로, 통상의 변호사라면 알고 있어야 할 지식과 기술 그리고 능력이 주의의무의 판단기준이 된다.²⁵⁾ 따라서 변호사가 객관적인 기준에서 볼 때 그 당시 상황에서 합리적인(reasonable) 주의를 다하지 못한 이상, 자신이 선의였다거나 단순히 평균적인 주의를 다하였다는 것만으로는 책임을 면하지 못한다.²⁶⁾ 독일에서는 변호과오소송에 관한 것은 아니지만, 변호사가 항소제기 기간 등을 도과하였더라도 법원의 명령을 신뢰했거나²⁷⁾ 최신 판례가 아니라 공인된 주석서에 나온 법적 견해를 취한 경우,²⁸⁾ 법이 개정되어 시행된 지 얼마 안 되었거나, 법 개정으로 인하여 법률상황이 불확실한 경우²⁹⁾ 등에는 변호사에게 과실이 없어 추완항소가 인정된다고 본 사례가 있다.

전문가와 마찬가지로 특정한 분야를 오랫동안 처리해 왔거나 특정 분야의 연수와

법조협회, 1995, 49-52쪽.

23) 윤석찬, “변호사의 전문가책임에 관한 소고”, 동아법학 제55호, 동아대학교 법학연구소, 2012, 232-233쪽. 법무사의 경우 ‘직무를 수행하는 과정에서 의뢰인의 지시에 따르는 것이 위임 취지에 적합하지 않거나 오히려 의뢰인에게 불이익한 결과가 되는 것이 드러난 경우에는 법무사법에서 정한 직무의 처리와 관련되는 범위 안에서 그러한 내용을 의뢰인에게 알리고 의뢰인의 진정한 의사를 확인함과 아울러 적절한 방법으로 의뢰인이 진정으로 의도하는 등기가 적절하게 되도록 설명 내지 조언을 할 의무가 있다’고 한 것으로, 대법원 2012. 12. 27. 선고 2010다57473 판결; 대법원 2001. 2. 27. 선고 2000다39629 판결; 대법원 2006. 9. 28. 선고 2004다55162 판결 등.

24) 지원림, 민법강의(제17판), 홍문사, 2020, 1602쪽.

25) 홍기문, “변호과오(Legal Malpractice)”, 민사법연구 제4집, 대한민사법학회, 1995, 346쪽; 정조근/한웅길/이청조, “변호과오방지를 위한 업무기준모색에 관한 연구”, 동아법학 제12호, 동아대학교 법학연구소, 1991, 159쪽; 윤석찬, 앞의 논문, 231쪽.

26) Vincent R. Johnson, *Legal Malpractice Law in a Nutshell*, West, 2010, p. 54.

27) BGH VersR 1987, 258(법원이 두 차례에 걸쳐 판결문을 송달하였는데 첫 번째 판결문은 원고가 아닌 원고의 상대방이 피송당자로 기재되어 있어서 두 번째 판결문 송달 시점을 항소 제기기간 기산일로 생각하고 항소를 제기하였던 사안).

28) 소송대리인이 OLG 및 주석서가 지지하고 있는 견해를 따랐고 그와 다른 BGH의 판결이 1984. 7.에 비로소 NJW에 게재된 이상 대리인이 1984. 3.경 이를 알지 못하고 서면을 작성하였다 하더라도 책임을 인정할 수 없다는 판례로 BGH VersR 1984, 1193 참조: 배성호, “변호사의 민사책임에 관한 연구”, 영남대학교 대학원 박사학위논문, 2000, 178쪽, 주) 450번에서 재인용.

29) BGH VersR 1978, 826; BGH VersR 1980, 193.

학위 등을 마친 전문변호사에 대해서는 일반 변호사보다 가중된 주의의무를 적용할 수 있을 것인가? 변호과오소송이 일찍부터 발달해 온 미국에서는 자신을 특정 분야의 전문가라고 선전하여 자신을 선임하도록 한 변호사에게는 일반 변호사가 아니라 그와 동일한 분야에 관한 전문변호사와 같은 수준의 주의의무를 인정한다.³⁰⁾ 독일에서도 전문변호사는 그 특별한 변호사집단 내에 적용되는 평균적인 주의의무를 부담한다고 본다.³¹⁾ 우리나라에서는 2009년부터 대한변호사협회에서 ‘변호사 전문분야 등록에 관한 규정’을 시행하여, 법조경력 3년 이상이고 해당 전문분야 관련 교육을 14시간 이상 이수하였으며, 등록신청일 전 3년 내에 전문분야별 요구 건수 이상의 사건을 수임한 변호사는 전문분야등록심사위원회의 심사를 거쳐 2개까지의 전문분야를 등록할 수 있도록 하고 있는데,³²⁾ 이처럼 전문분야 등록을 마친 변호사들에게는 가중된 주의의무의 기준을 인정할 수 있을 것이다. 비단 전문분야 등록을 마친 경우뿐만 아니라, 법무법인 소속 변호사로서 특정 분야에 오랜 기간 종사해 왔거나 개업 전 변리사나 회계사 등 수임한 사건과 관련된 특정 분야의 경력을 갖추고 있었음이 인정된다면, 이 또한 주의의무를 가중할 근거로 작용할 수 있다고 봄이 상당하다.³³⁾

2. 변호사의 설명의무

변호사의 선관주의의무 중 설명의무와 관련하여서는 보다 상세히 살펴볼 필요가 있다. 설명의무는 본래 의사의 치료행위는 환자의 신체에 대한 침습행위이기도 하므로 침습행위에 관한 환자의 자기결정권을 보호하기 위하여 인정되어온 것이다.³⁴⁾ 그러나 변호사와 의뢰인 간의 관계에 있어서도 설명의무가 인정되며, 이는 의뢰인의 법적 이익

30) 노동자보상법(worker's compensation law) 전문가라고 소개한 변호사에 대해 가중된 주의의무가 인정된 판례로 *Rodriguez v. Horton* 622 P. 2d. 261(1980) 참조.

31) 김근수, “변호과오의 책임범위에 관한 연구”, 동아대학교 대학원 박사학위논문, 2007, 16쪽.

32) 대한변호사협회 규정 제80호 위 규정에서 정하고 있는 전문분야는 민사법 기타 총 36개 분야에 이르며, 전문분야별로 요구되는 사건 수임건수는 분야별로 다르지만 10건-30건에 해당한다. 민사법의 경우 2023년 2월 19일 현재 총 439명의 변호사가 전문분야 변호사로 등록되어 있다.

33) 엄동섭/김천수/박영규/오종근/정태윤(이하 ‘엄동섭 등’이라 한다), 변호사책임론, 소화, 1998, 406쪽(김천수 집필 부분). 다만 위 글은 의뢰인이 변호사를 선임함에 있어 그러한 경력을 고려하였고 고려할 만한 상당한 이유가 인정되는 경우에만 주의의무가 가중된다고 하고 있으나, 객관적인 합리성을 주의의무의 기준으로 삼는다면 의뢰인이 그러한 경력을 고려하지 아니하였다고 하더라도 변호사는 마땅히 그에게 객관적으로 기대가능한 주의의무를 다할 의무가 있을 것이다.

34) 지원림, 앞의 책, 1826쪽; 양창수/권영준, 민법 II: 권리의 변동과 구제 (제4판), 박영사, 2021, 806쪽.

에 대한 합리적인 자기결정권을 보장하기 위한 것일 뿐만 아니라, 의뢰인과의 신인관계나 신의성실의 원칙, 위임계약상의 부수의무에도 근거한다는 것이 일반적인 견해이다.³⁵⁾ 우리 판례 역시 변호사는 위임사무의 처리 뿐만 아니라 소송의 경과, 결과 및 그 대책 등에 관하여 필요한 정보를 제공하고 구체적으로 설명하며 적절한 법률적 조언을 해야 할 의무가 있음을 인정한다.³⁶⁾

변호사의 설명은 일반적인 사회평균인 수준의 의뢰인이 변호사로부터 해당 사안에 대한 설명을 듣고 이를 이해한 후 현재와 장래에 예측되는 문제에 대해 스스로 결정하고 예견할 수 있는 정도로 이루어져야 할 것인데, 구체적으로는 ① 사건의 현재 상황 및 추가 관련 소송의 필요성, ② 사건의 진행계획, ③ 승소 가능성 및 패소시 영향, ④ 위임계약 체결시 보수 등 계약 내용, ⑤ 사건의 보충성(다른 해결 방안이 없는지 여부), ⑥ 파생가능한 문제점(과징금, 형사처벌 등), ⑦ 보전처분의 필요성(가압류, 가처분, 증거보전 등), ⑧ 금전 청구의 경우 채권확보 가능성, ⑨ 패소시 판결내용 및 상소 여부, ⑩ 관련 사건에 대한 전문성(무경험자에 대한 의뢰인의 선택권 보장) 등이 거론된다.³⁷⁾ 독일에서도 변호사의 상담 및 조언의무는 의뢰인을 위하여 최적의 수단을 제공할 의무라는 전제하에, ‘변호사는 전반적이고 포괄적이며 가능한 한 완전한 조언을 할 의무’를 부담하므로, 유산상속에 관하여 상담의뢰를 받은 변호사는 상속세 절감이 되도록 상속세법에 관하여도 조언할 의무를 부담한다고 한 것이 있다.³⁸⁾

그런데 사회생활에 있어서 분쟁이라는 것은 늘 확대가능성을 가지고 있고, 관련 당사자들의 행위에 따라 분쟁과 관련된 사실관계가 계속적·동태적인 변화가능성을 지니기 때문에, ‘관련 소송’ 내지 ‘파생가능한 문제점’에 대한 변호사의 일반적이고 추상적인 설명의무를 인정한다면 그 범위는 무한대로 확대될 수 있다. 아무리 변호사라 하더라도 이처럼 무한대로 파생가능한 모든 경우의 가능성에 대하여 의뢰인에게 설명하도록 요구

35) 권혁중, “변호사의 설명의무에 관한 연구: 법적구성성과 유형화를 중심으로”, 강원대학교 대학원 박사학위논문, 2018, 65, 78-80쪽; 김남길, “법률전문가로서 변호과오의 민사책임에 관한 연구”, 한국외국어대학교 대학원 석사학위논문, 2015, 40쪽; 조무제, “변호사 윤리로서의 설명의무”, 인권과 정의 제409호, 대한변호사협회, 2010, 65-66쪽.

36) 대법원 2004. 5. 14. 선고 2004다7354; 대법원 2002. 11. 22. 선고 2002다9479 판결 등. 한편, 설명의무를 세분화하여 고지설명 의무, 조언설명 의무, 지도설명 의무 등으로 구분하기도 하고, 판례도 설명의무와 구별하여 조언의무라는 표현을 사용하고 있으나, 이를 넓은 의미에서 ‘설명 의무’로 설명하는 것이 통상적이므로 이하에서는 이를 굳이 구별하지 않고 ‘설명 의무’라는 표현을 사용한다.

37) 권혁중, 앞의 논문, 105-106쪽; 권혁중/박종찬, “변호사 설명의무의 법적구성에 관한 고찰”, 법학논총 제40권 제4호, 단국대학교 법학연구소, 2016, 291-292쪽.

38) BGH VersR 1968, 969 및 NJW 1981, 351; 윤석찬, 앞의 논문, 232쪽에서 재인용.

하는 것은 현실적으로 불가능하고 가혹한 일일 것이다. 그렇다면 설명의무의 범위를 어떻게 합리적인 범위 내로 제한할 것인가? 이는 위임계약의 구체적인 내용을 기초로 하되, 위임계약의 체결 단계에 따라 법적 성격과 경중을 달리하여 살펴볼 수 밖에 없을 것이다.

먼저, 위임계약 전 상담단계에서는 아직 구체적인 위임계약이 체결된 바 없으므로 채무불이행책임은 성립할 여지가 없으나, 계약체결상의 과실책임으로서 불법행위로 인한 손해배상책임이 성립한다고 보아야 한다.³⁹⁾ 참고로, 독일에서는 계약성립 과정에서 변호사의 과오로 손해가 발생하였다면 계약체결상의 과실책임을 인정한다.⁴⁰⁾ 미국에서는 무상의 상담에서도 변호사과의 성립요건인 의뢰인과 변호사 관계(attorney-client relationship)가 존재할 수 있다고 본다.⁴¹⁾ 한 예로, 피고 회사의 변호사가 원고의 처와 무상으로 의료과오소송에 관하여 상담을 하면서 ‘나는 승산이 없다고 생각하지만 동료들과 논의 후 알려주겠다’고 한 뒤 아무런 연락을 하지 않자 승산이 없다고 판단한 원고가 소송을 제기하지 않았는데, 그로부터 약 1년이 지나 원고가 다른 변호사와 상담을 한 시점에서는 승소가능성은 있지만 의료과오소송의 제소기간이 도과해 버렸던 사안에서,⁴²⁾ 원고의 처와 피고측 변호사 사이에 변호사와 의뢰인 관계가 존재한다고 보고 변호사에게 649,000달러의 배상을 명한 사례가 있다.⁴³⁾

아직 우리나라에서는 위임계약 체결 전의 변호사에게 손해배상책임을 인정한 사례는 없지만, 세무사가 무상으로 구두 상담을 하였더라도 잘못된 설명으로 인해 상담자가 손해를 보았다면 불법행위로 인한 손해배상을 부담한다고 본 것이 있다. 해당 사안에서

39) 강희원, 앞의 논문, 126쪽; 이재목, 앞의 논문, 254쪽; 계약체결 준비단계에서 일방이 상대방의 손해를 야기한 경우, 당사자에게는 상대방에 대한 보호의무가 있으므로 계약책임으로 해결해야 한다는 견해(곽윤직, 채권각론(신정판), 박영사, 1995, 89쪽; 지원림, 앞의 책, 1351쪽), 계약체결시 특히 주의를 기울여 상대방에게 손해를 주지 않도록 해야 한다는 일반적 주의의무 위반으로 인한 불법행위책임이 성립한다는 견해(양창수, 민법연구 제1권, 박영사, 1991, 381쪽), 계약의 성립과 밀접하게 관련된 사항에 대해서는 신의성실의 원칙상 고지 및 설명의무가 있고 있는 이는 계약책임이나 불법행위책임과 별개의 고유한 독자적인 책임이라는 견해(김형배, 채권각론 계약법(신정판), 박영사, 2001, 124, 125쪽)등이 있는데, 독일에서의 계약체결상의 과실책임은 독일법상 불법행위체계의 협소성에 기인한 것이므로, 포괄적이고 일반적인 불법행위 근거조항(750조)을 두고 있는 우리나라에서는 불법행위로 구성함이 타당하다. 물론 본 계약의 체결 전 단계에서 설명의무에 대한 별도의 합의가 있는 경우에는 계약상 채무로 보아야 한다. 어수용, “계약체결과정에서의 설명의무와 선택권의 보호”, 재산법연구 제27권 제3호, 한국재산법학회, 2011, 96쪽, 100쪽 이하.

40) 소재선, 앞의 논문, 49쪽.

41) Vincent R. Johnson, *op. cit.*, p. 32.

42) 피고는 제소기간이 2년이라는 것을 상담 당시 알려주었다고 하였으나 원고는 이를 부인하였다.

43) *Togstad v. Vesely, Otto, Miueller & Keefe*. 291 N.W. 2d 686 (1980)

원고는 세무사인 피고에게 아버지로부터 상속받은 재산에 대한 증여세 신고 업무를 위임하면서 아버지의 사망시 부과될 상속세에 관해 문의하였는데, 피고는 증여세를 납부하였기 때문에 상속세를 납부할 필요가 없다고 하였고, 이후 실제로 아버지가 사망하여 다시 상속세에 대해 문의하였음에도 증여세를 냈으니 상속세는 납부할 필요가 없다고 하였다. 이에 원고는 상속세 신고를 하지 않았는데, 추후 이로 인해 약 6천만 원 상당의 가산세를 납부하게 되자 피고를 상대로 손해배상청구를 한 것이었다.⁴⁴⁾

이처럼 구체적인 소송위임계약 체결 전 상담단계에서도 설명의무가 발생한다고 보면, 상담시 변호사가 잘못된 설명을 함으로써 의뢰인이 소송 등의 필요한 법적 조치를 취하지 못하게 되었다거나 반대로 패소가 명백한 소송을 무위로 진행할 경우 변호사는 불법행위로 인한 손해배상책임을 부담하게 될 수 있다. 실제 변호사 중에는 상담시 수임을 위하여 ‘무조건 승소할 수 있다’는 등 자신의 판단이 100% 확실한 것처럼 호언장담하는 경우들이 종종 있는데, 변호과오소송이 발달할수록 이는 매우 위험한 업무 방식임을 인식할 필요가 있다. 오히려 변호사는 의뢰인과의 상담 전에 ‘의뢰인이 제공하는 정보에 따라 상담 내용이 달라질 수 있으며, 상담 결과는 추정적인 판단일 뿐 이를 100% 보장할 수 없다’는 등의 서면을 준비해 놓았다가 의뢰인으로 하여금 상담 전에 읽어보게 한 뒤 서명날인하게 하는 등의 조치를 취하는 것이 안전할 것이다. 다만 계약체결 전의 설명의무는 그 성격상 계약 체결을 전제로 직접적·구체적으로 상담이나 자문을 요청받은 내용 및 당사자의 상담 내용상 명확히 예상되는 문제점에 국한되고, 그로부터 파생될 수 있는 관련 문제 등에 대해서까지 변호사가 적극적으로 탐색하여 조언할 의무는 없다고 보아야 할 것이다.⁴⁵⁾ 또한 위임계약 체결 전의 설명의무 중에는 당해 사안에 대한 법적인 검토 내용 뿐만 아니라, 변호사가 상대방과의 다른 사건을 대리하고 있거나 그러할 가능성이 있다는 사실을 알려줄 의무 등도 포함된다.⁴⁶⁾

반면, 일단 위임계약이 체결되었다면 이후 설명의무의 범위는 계약상 채무에 대한 부수적인 채무로서 보다 포괄적인 범위에서 인정된다고 봄이 상당하다. 변호사는 계약 체결 전 일반적인 변호사로서의 주의의무가 아니라, 해당 사건에 관한 자료와 사실관계

44) 대법원 2013. 9. 12. 선고 2011다87655 판결.

45) 조무제, 앞의 논문, 69쪽은 당해 사건과 관련된 사건의 존재 여부 등을 질문하고 그 의미를 알려주는 것도 위임계약 체결 전의 의무에 포함된다고 하고 있으나, 상담과정에서 변호사가 사건을 정확히 파악하기 위해 그러한 질문을 할 수는 있어도, 그러한 질문을 해야 할 의무가 있는지는 의문이다. 참고로, 독일 판례는 변호사는 의뢰인이 제공한 정보를 신뢰해도 되며, 그 진실 여부를 스스로 추적조사해야 할 의무는 없다고 본다. 엄동섭 등, 앞의 책, 170쪽(박영규 집필 부분).

46) 조무제, 앞의 논문, 69쪽.

를 전달받고 해당 시안을 선량한 관리자의 주의의무로서 처리해야 할 보다 적극적인 수입인으로서의 의무를 부담하기 때문이다. 따라서 이 경우에는 당해 소송의 진행 상황과 처리방향 뿐만 아니라, 해당 소송으로 인한 권리 확보에 필요한 보전조치, 해당 소송의 진행에 영향을 미칠 수 있는 관련 행위나 행정·형사상 문제점, 판결이 나온 이후에는 그 판결의 내용과 항소 가능성 등에 대해서도 의뢰인에게 설명해 줄 의무가 발생한다고 보아야 한다. 앞서 살펴본 바와 같이 판례도 그러한 취지에서 피사취수표와 관련된 본안 소송을 위임받은 변호사는 사건신고 담보금에 대한 보전조치를 취할 필요는 없지만 그런 조치를 취할 설명의무는 있음을 인정하였고,⁴⁷⁾ 사해행위취소소송을 수입한 변호인이 보전조치를 취하도록 설명하지 않고 이를 소홀히 하여 책임재산을 확보할 수 없게 되었다면 손해배상책임을 부담한다고 본 것도 있다.⁴⁸⁾

참고로, 의료과오소송의 경우 설명의무는 부수적인 의무에 불과하므로, 설명의무를 위반하였다면 특별한 사정이 없는 한 자기결정권 침해로 인한 정신적 고통에 대한 위자료만이 손해로 인정된다.⁴⁹⁾ 그러나 변호사의 설명은 소송 진행 방향의 선택과 결정에 필수적인 요소라는 점에서 일반적인 부수의무와 같이 취급해서는 아니 되고, 주된 의무와 병행하여 독립적으로 완전한 이행을 구할 수 있거나 불이행시 위임계약 자체의 해제권 행사도 가능한 ‘독립적 부수의무(selbständige Nebenpflicht)’로 보는 것이 타당하다는 견해도 있다.⁵⁰⁾ 이러한 견해에 의할 경우 설명의무의 위반시 추완(보정 등 추가조치) 청구, 수입계약의 불완전이행을 원인으로 한 손해배상청구, 해제권 행사(수임료 반환청구)도 인정될 수 있을 것이다.

3. 대상판결의 검토

대상판결은 “변호사는 의뢰인이나 그의 대리인으로부터 위임된 소송의 소송물 또는 공격방어방법, 후속 분쟁 발생 가능성 등의 측면에서 위임사무 수행과 밀접하게 관련된 법률적 문제에 관하여 구체적인 질의를 받은 경우에는, 그것이 직접적인 수입사무는

47) 대법원 2002. 11. 22. 선고 2002다9479 판결.

48) 서울고등법원 2005. 1. 4. 선고 2004나63424 판결.

49) 위자료만이 아닌 전 손해의 배상을 구하는 경우에는, 그 설명의무의 위반이 구체적 치료과정에서 요구되는 의사의 주의의무의 위반과 동일시할 정도의 것이어야 하고 그러한 위반행위와 환자의 사망과의 사이에 인과관계가 존재함이 입증되어야 한다(대법원 1996. 4. 12. 선고 95다56095 판결).

50) 권혁중, 앞의 논문, 100쪽; 권혁중/박종찬, 앞의 논문, 286쪽.

아니더라도 해당 질의 사항이 가지고 있는 법률적인 문제점, 그들의 선택에 따라 향후 발생할 수 있는 상황과 현재 수행하는 소송에 미칠 영향, 만일 형사처벌이 문제될 여지가 있다면 그 위험성 등을 당시 인식할 수 있었던 상황과 법률전문가로서 통상적으로 갖추고 있는 법률지식의 범위에서 성실히 답변하여야”하고, “위임사무 수행과 밀접하게 관련된 법률적 문제에 관하여 구체적 질의를 받았으므로 그러한 처분이 소송물이나 공격방어 방법에 영향을 미칠 가능성(상대방의 이행불능을 이유로 한 손해배상청구로의 청구변경 및 원고들의 손해 확대 가능성 등) 등을 설명하는 한편, 대법원의 확립된 입장에 따라 경우 배임죄로 형사처벌을 받을 가능성도 있음을 법률전문가의 입장에서 성실히 고지해 주었어야 한다.”고 보아 설명의무 위반으로 인한 변호사의 손해배상책임을 인정하였다. 이는 위임계약에 기한 변호사의 주된 소송 수행 의무에서 나아가 부수적인 의무로서 설명의무를 명시적으로 인정하고, 그 설명의무의 범위를 “위임된 소송의 소송물과 그 공격방어방법, 후속 분쟁 발생 가능성 등의 측면에서 위임사무 수행과 밀접하게 관련된 법률적 문제로서 구체적인 질의를 받은 내용”으로 구체화하였다는 점에서 타당한 판결이다. 다만 해당 사안에서는 원고들이 관련된 부동산을 임의로 처분하는 과정에서 피고에게 질의를 하였기 때문에 ‘구체적인 질의를 받은 경우’의 책임에 관하여 판시가 이루어진 것으로 보이나, 만일 피고가 자료 등을 통하여 소송물의 처분가능성 등에 대해서 명확히 인지하게 되었다면 피고는 원고들이 구체적 질의를 하지 아니하였더라도 원고들에게 형사처벌 가능성 등에 대해 설명해 줄 의무를 부담한다고 보아야 할 것이다.

IV. 변호과오소송에서의 인과관계

1. 검토의 필요성

앞서 살펴본 바와 같이 변호사의 설명의무위반으로 인한 책임은 상담 단계에서는 불법행위로서의, 위임계약 체결 후에는 채무불이행 및 불법행위로서의 성격을 지니는데, 통상 불법행위에서는 피해자가 가해자의 고의·과실을 입증해야 하고, 채무불이행책임에서는 채무불이행사실이 있으면 채무자의 귀책사유(고의·과실)가 추정된다는 점에서 양자의 차이가 있다. 그런데 변호과오소송은 이러한 일반적인 채무불이행소송과는 다른 양상을 지닌다. 변호인의 위임사무처리 의무는 물건의 인도와 같은 하는 채무가 아니라

주는 채무이며, 주는 채무 중에서도 도급과 같은 결과 채무가 아니라 어떠한 행위를 하는 자체를 목적으로 하는 수단 채무에 해당한다. 때문에 그 의무위반이란 이행지체나 불능이 아닌 불완전이행의 형태로 나타나는 경우가 많고, 불완전이행에 해당한다는 점, 즉 변호사가 선관주의의무를 다하여 위임받은 업무를 처리하지 않았다는 점은 의뢰인이 입증해야 한다. 이는 결국 채무불이행 자체로 고의나 과실이 추정되는 통상의 채무불이행책임 소송과는 달리, 불법행위로 인한 손해배상청구소송에서와 마찬가지로 변호사의 주의의무위반을 의뢰인이 입증해야 한다는 뜻이 된다.⁵¹⁾

그런데 일단 변호사의 주의의무위반이 인정된다고 하더라도, 그 주의의무위반과 손해와의 사이에 인과관계를 인정할 것인지는 또 별개의 문제이다. 앞서 II항에서 살펴보았듯이, 판례 중에는 주의의무위반을 인정하면서도 손해와의 인과관계를 아예 부정한 것이 있는가 하면, 정신적 손해와의 인과관계만을 인정한 것과 재산적 손해와의 인과관계 까지도 인정한 것이 병존한다. 손해의 개념에 관한 차액설에 의할 때, 변호과소송에의 손해를 산정하기 위해서는 ‘변호과오가 없었다면 의뢰인에게 있었을 상태’라는 사후적이고 가정적인 판단이 개입된다. 그런데 소송이라는 것은 일방의 행위뿐 아니라 상대방의 행위와 재판부의 행위까지 함께 작용하여 이루어지는 것이므로, 손해 자체, 나아가 변호과오와 손해와의 인과관계를 입증한다는 것은 현실적으로 매우 어려운 일이다. 변호과오소송의 인과관계 입증에는 이와 같이 통상의 인과관계와 다른 특수성이 존재하므로, 이러한 특성에 따라 입증책임을 전환하거나 완화해야 하는지 문제가 제기될 수 있다. 이하에서 구체적으로 검토한다.

2. 재산상 손해와의 인과관계(인과관계의 추정 여부)

2.1 기본적인 태도

우리 판례는 원칙적으로 변호과오로 인한 ‘재산상 손해’에 대해서는 통상 사건에서의 인과관계에 관한 판단과 마찬가지로 변호과오와 손해 사이의 상당인과관계를 피해자가 입증하도록 하되, 승소가능성에 대한 입증은 ‘개연성’으로 족하다고 판시한다. 즉, 판례는 “변호사가 위임받은 소송사건을 부적절하게 수행하여 패소한 경우 평균적인 변호사에 비추어 그 소송수행에 통상의 주의를 기울이지 아니한 사실이 인정되고, 변호사가

51) 이미자, “변호과오소송에 있어서 증명책임”, 전남대학교 대학원 석사학위논문, 2011, 38쪽.

통상의 주의를 기울였다면 소송에서 승소하였을 개연성이 증명된 경우에 한하여 변호사의 소송수행상 잘못과 패소로 인한 재산상 손해 사이에 상당인과관계가 인정되어 변호사가 이로 인하여 의뢰인이 입은 재산상 손해를 배상할 책임이 있다.”고 한다.⁵²⁾ 뿐만 아니라, 그와 같은 승소가능성이 일부에만 인정된다면 그 일부 인용의 범위까지 심리하여 손해액을 결정해야 한다고 본다.⁵³⁾

그런데 대법원의 판결례 중 실제로 상당인과관계가 입증되었다고 본 사안은 매우 드물다. 상당인과관계를 인정한 것은 앞서 판결문상 일실수의 산정기간이 명백히 잘못 기재된 것을 변호사가 발견하지 못한 경우⁵⁴⁾ 내지 동일한 쟁점에 관한 관련 사건에서 원고 승소 판결이 이미 존재하였던 경우⁵⁵⁾가 거의 유일하고, 그 외에는 변호사의 명백한 과실이 인정되더라도 재산상 손해와의 인과관계는 부정된다고 본 것이 대다수이다. 이처럼 인과관계가 대체로 잘 인정되지 않는 까닭은 변호과오소송이 그 전문성·특수성에 비추어 의료과오소송에서와 마찬가지로 인과관계에 대한 입증 자체가 매우 어려운 측면이 있기 때문이다. 즉, 의뢰인이 변호사의 과실과 자신의 손해와의 인과관계를 입증하려면, 의뢰인은 변호인에 대한 손해배상청구소송에서 전 소송의 승소가능성을 다시 주장·입증해야 하는데, 이는 결국 소송 내에서 또 다른 소송(trial within a trial, case within a case)⁵⁶⁾이 펼쳐지는 특이한 상황을 초래하게 된다. 이 경우 법원은 원소송의 상대방이 당사자로 참여하지 않은 상태에서 원·피고가 제출한 자료만으로 원소송의 승소가능성을 판단해야 하는 처지에 놓이게 되는데, 그러한 상황에서 법원이 사후적이고 가정적인 판단으로서 원소송의 결과와 반대되는 결론을 선뜻 내놓기에는 현실적인 어려움 뿐 아니라 심리적인 부담감도 제약으로 작용할 수 밖에 없다.

52) 대법원 2015. 9. 10. 선고 2013다9918 판결(변호사가 변론기일에 계속 불출석하여 취하간주로 종결되었으나 이를 약 3년간 숨기고 제대로 설명도 해주지 아니하였던 사안. 밑줄 부분은 필자가 추가); 상고이유서 미제출로 인한 재산상 손해는 상고이유서 제출시 항소심판결이 취소되고 상고인이 승소하였을 것이라는 점에 대한 입증에 있어야 배상청구 가능하다는 것으로 대법원 1995. 5. 12. 선고 93다62508 판결 참조.

53) 대법원 1972. 4. 25. 선고 72다56 판결(소송대리인의 항소기간 도과로 인하여 입은 손해액의 범위는 적법히 항소를 제기하였더라면 어느정도 유리하게 변경될 수 있었을런지를 심리하여 결정함이 옳다).

54) 대법원 2004. 5. 14. 선고 2004다7354 판결(위 II의 2.항 참조).

55) 대법원 2018. 11. 9. 선고 2018다240462 판결 및 파기환송심 서울고등법원 2019. 6. 12. 선고 2018나2063922 판결(대법원 2019. 9. 26. 선고 2019다247941로 확정. 위 II의 1.항 참조); 인과관계가 존재한다고 본 하급심 판결로는 부산지방법원 동부지원 2010. 12. 16. 선고 2010가합3178 판결(변호사였던 피고가 의뢰인의 승낙없이 임의로 조정 및 화해를 하였는데, 그와 같이 조정 및 화해를 하지 않은 다른 사건은 모두 전부 승소하였던 점에 비추어 승소가능성이 확실히 있었다고 판단한 사례)도 참조.

56) Vincent R. Johnson, *op. cit.*, pp. 109-110.

2.2 입증책임 완화에 관한 논의

이러한 변호과소송의 특수성으로 인하여 미국에서는 승소가능성에 대한 의뢰인의 입증책임을 전환하거나 완화시키는 다양한 법리가 발전해 왔는데, 그 중 하나가 ‘원소송 적법성 추정이론(presumption of validity of underlying claim)’이다.⁵⁷⁾ 미국에서도 원칙적으로는 변호사의 과실이 없었더라면 손해가 발생하지 않았을 것임을 의뢰인이 입증하도록 하고, Restatement 역시 이와 같은 통상의 입증책임 원칙을 선언하고 있다.⁵⁸⁾ 그러나 주에 따라서는 원소송적법성 추정이론을 택하는 경우가 있는데, 원소송적법성 추정이론이란 원소송이 적법한 청구원인을 갖추었던 것으로 추정하여 변호사가 스스로 전소에 적법한 청구원인이 존재하지 않았음을 입증하지 않는 한 승소가능성이 있었던 것으로 보는 일종의 입증책임 전환 이론이다.⁵⁹⁾ 이를 인정하는 대표적인 판결로는 미국 아이오와주 대법원의 *Baker v. Beal* 사건⁶⁰⁾을 들 수 있다. 위 사건에서 원고는 변호사인 피고에게 주류제공자책임소송(Dram shop action)⁶¹⁾을 위임하면서 ‘누구든 책임있는 자를 상대로 배상을 청구해 달라’고 의뢰하였다. 이에 피고들은 A를 상대로 소송을 제기하였으나 A가 적법한 영업허가를 받은 주류판매업자임을 밝히지 못해 청구가 기각되었다. 그러자 원고는 피고를 상대로 변호과소송을 제기하였는데, 아이오와주 대법원은 ‘피고가 2년간이나 사건을 검토한 후 A를 상대로 소송을 제기했다면 인용되지도 않을 청구원인을 선택하였을 것이 라고는 추정할 수 없는바, 그와 동일한 추정은 원고에게도 다른 맥락에서 적용되어야 한다’는 취지로 판시하여 피고의 책임을 인정하였다. 그러나 미국에서도 변호과소송에서 일반적으로 입증책임을 전환까지 인정하는 주는 극소수에 불과하다고 한다.⁶²⁾

57) 김상영, 앞의 논문, 210쪽.

58) Vincent R. Johnson, *op. cit.*, p. 102; Restatement (Third) of the Law Governing Lawyers § 53 (2000).

59) 우리나라의 변호과소송에서도 원소송적법성추정이론이 타당하다는 견해로, 이창조, “변호과오에 관한 인과관계의 입증”, 동아논총 제31집, 동아대학교, 1994, 109, 111쪽.

60) *Baker v. Beal* 225 N.W. 2d 106 [Iowa] (1975)

61) 미국의 많은 주에서는 주점운영자가 고객이 취할 정도로 술을 판매하여서는 아니된다는 법률을 채택하고 있는데, 이에 위반하여 주류판매자가 술을 판매함으로써 이후 술을 마신 사람이 교통사고를 일으켰거나 상해를 입었다면 주류판매자에게 그에 대한 법적 책임을 지도록 한다(*Baker v. Beal* 사건에서는 과도한 음주 후 피해자가 사망한 것이 문제가 되었다).

62) Vincent R. Johnson, *op. cit.*, p. 117; 미국에서는 루이지아나 주와 매사추세츠 1심 법원에서 입증책임 전환이 인정된 사례가 있다고 한다. Jeffrie D. Boysen, “Shifting the Burden of Proof on Causation in Legal Malpractice Actions”, *St. Mary’s Journal on Legal Malpractice and Ethics Vol. 1 No. 1*, St. Mary’s University School of Law, 2011, p. 335; 미국 변호과소송에서 인과관계에 대한 입증은 법적 확신(legal certainty)이 아닌 증거의 우위(preponderance of evidence)에 의하여야 한다. Vincent R. Johnson, “Causation and “Legal Certainty” in Legal

미국에서 의뢰인의 입증책임 완화와 관련된 또 다른 법리로는 기회상실이론(*lost opportunity rule* 내지 *loss of chance doctrine*)도 있다.⁶³⁾ 기회상실이론은 본래 인과관계에 관한 이론이라기보다는 손해를 다소 다른 관점에서 파악하는 방식으로, 유리한 결과를 확보할 수 있는 기회를 상실한 것 자체를 손해로 보는 법리를 의미한다.⁶⁴⁾ 기회상실이론은 의료과오소송과 관련하여 대부분의 주에서 채택되어 왔는데, 이에 의하면 이미 암에 걸려 생존율이 40%에 불과하였던 환자라 하더라도, 의사가 엑스레이 판독을 잘못하여 암을 발견하지 못하였고, 이후 암이라는 판정을 받았을 때에는 생존율이 10%로 감소하였다면, 의사의 오진으로 생존기회를 상실한 것 자체가 손해로 인정된다.⁶⁵⁾ 이러한 기회상실이론이 변호과오소송에서 명시적으로 인정된 예는 드물지만, 미국의 *Restatement*는 “원고가, 원고측 종전 변호사의 과실 또는 신의칙상 의무 위반으로 인해 자신에게 유리한 결과를 얻을 수 있는 실제적 기회를 박탈당하였고 또한 그러한 잘못된 행위로 인해 종전 소송의 결과를 회복할 수 없다는 것을 증명할 수 있다면, 그러한 원고는 전문가의 과오소송(*professional-malpractice cases*)과 관련하여 일반적으로 기회이익상실이론을 인정하고 있는 주에서는 그와 같은 기회이익상실에 대한 손해를 배상받을 수 있다”⁶⁶⁾고 선언하고 있다. 그리고 미국의 일부 주, 예컨대 루이지아나 주 같은 경우에는 변호사의 과실과 기회상실이 인정된다면, 그 기회상실과 손해 사이의 인과관계는 추정된다고 보아 입증책임을 전환하고 있다.⁶⁷⁾

독일에서도 입증책임을 전환을 가져오는 일응의 추정이론(*Prima Facie Beweis*)이 변호과오 소송에도 적용되어야 한다는 논의가 있다. 그러나 변호과오소송에서의 인과관계는 원칙적으로 입증책임에 관한 일반원칙에 따라 의뢰인이 입증하여야 한다는 것이 다수설이고, 판례 역시 변호사의 의무는 의사의 의무와 목적방향(*Zielrichtung*)이 다르다는 이유로 의료과오소송에서의 입증책임 경감 법리를 변호과오소송에 적용하지 않고 있다.⁶⁸⁾

Malpractice Law”, *St. Mary’s Journal on Legal Malpractice and Ethics Vol. 8 No. 2*, St. Mary’s University School of Law, 2018, pp. 402-403.

63) 김홍화, “변호사과오소송에 있어서 ‘승소가능성’에 관한 소고 -인과관계 판단 기준인 ‘승소가능성’의 증명해결 방안을 중심으로-”, *경희법학* 제51권 제4호, 경희대학교 법학연구소, 2016, 464쪽; 이미지, 앞의 논문, 89쪽.

64) Vincent R. Johnson, *Legal Malpractice Law in a Nutshell*, p. 113.

65) Vincent R. Johnson, *Ibid.*, p. 113.

66) *Restatement (Third) of the Law Governing Lawyers* §52 comment b (2000).

67) 김홍화, 앞의 논문, 464쪽; Vincent R. Johnson, *op.cit.*, p. 116.

68) 엄동섭 등, 앞의 책, 224쪽(박영규 집필부분); BGHZ 61, 118=NJW 1973, 1688; BGH NJW 1988, 200; 이미지, 앞의 논문, 93, 97쪽.

다만, 독일에서도 상담의무 내지 설명의무위반의 경우에는 “조언의무를 지는 자가 조언의무를 위반하였고, 만일 합당한 조언을 하여 이에 따랐더라면 손해를 피할 수 있었을 것임이 확정된다면, 조언을 받을 자가 자신의 조언에 따르지 않았을 것임을 조언의무자가 입증하여야 한다”⁶⁹⁾고 판시하고 있다.⁷⁰⁾

이러한 타국의 일부 논의와 마찬가지로, 우리나라에서도 변호사에게 입증책임을 전환하거나 개연성이론을 적용하여 의뢰인의 입증책임을 완화해야 한다는 주장이 제기된다.⁷¹⁾ 우리 판례는 전소에서 의뢰인의 승소가능성을 의뢰인 자신이 입증해야 한다고 보고 있으나,⁷²⁾ 손해발생, 즉 승소이익 내지 승소가능성에 대해서는 의뢰인이 개연성만을 입증하고, 피고가 패소의 확실성을 입증함으로써 책임을 면할 수 있는 것으로 보아야 한다는 것이다.⁷³⁾ 나아가 전소송의 대리인이었던 변호사가 자신의 과오로 인한 손해발생을 부인하기 위하여 전소송에서 의뢰인에게 불리하였던 사실들을 적극적으로 주장하는 것은 신의칙에 반하며, 법원은 그가 전소송에서 의뢰인을 위해 최선을 다하였을 것임을 전제로 승소가능성을 판단해야 하므로 그와 같은 변호인의 주장은 고려해서는 안된다는 견해까지도 제기된다.⁷⁴⁾

2.3 검토

이처럼 국내외에서는 변호과소송의 특성상 법에 전문가가 아닌 의뢰인을 보호하기 위하여 의료과소송에서와 마찬가지로 입증책임을 완화하고자 하는 견해가 제기되고 왔고, 그 목적의 타당성은 충분히 인정된다. 그럼에도 불구하고, 전문가를 상대로 한 소송이라는 유사성을 이유로 의료과소송에 적용되는 인과관계의 입증책임 경감 법리를 변호과소송에도 일반적으로 적용하기에는 양자에 무시할 수 없는 몇 가지 차이점이 존재한다. 첫째, 외부적 요인과의 단절 정도이다. 의료과소송에서의 의료행위는 대부분 수술실 또는 치료실이라는 외부와 독립된 공간에서 이루어지므로, 의료행위 이외에 환자

69) BGH NJW 1983, 1666.

70) 변호사가 의뢰인에게 제대로 설명의무를 이행하지 않아서 의뢰인이 성공가능성이 희박한 소송을 제기하여 패소하고 소송비용을 부담하게 된 경우 변호사가 이를 손해로서 배상해야 한다고 본 독일 판례로 BGH VersR 1960, 273; BGH VersR 1985, 146 참조.

71) 권혁중, 앞의 논문, 161쪽; 김종운, 변호사책임과 보험, 능화드림, 2005, 78, 243쪽; 김홍화, 앞의 논문, 476쪽.

72) 대법원 1995. 5. 12. 선고 93다62508 판결 등.

73) 엄동섭 등, 앞의 책, 418쪽(김천수 집필부분).

74) 엄동섭 등, 위의 책, 419쪽(김천수 집필부분).

의 신체상태에 영향을 미치는 요소의 개입은 상당 부분 차단된다. 반면 변호과오소송에서 변호의 대상인 당사자의 실제적 권리관계, 즉 해당 분쟁은 변호사가 사건을 위임받기 전에 변호사의 개입 여부와 무관하게 이미 발생한 것일 뿐 아니라, 전소송의 전후, 나아가 변호과오소송의 진행 중에도 당사자의 처분행위, 제3자의 권리취득, 당사자간의 협상 등 외부적 요인과 계속적으로 접촉하면서 동적으로 변화할 여지가 크다. 따라서 변호행위가 승소가능성에 미치는 절대적 영향력 내지 인과관계의 밀접성은 의료행위에 비하면 약하다. 둘째, 증거의 편재성 여부이다. 의료행위에 있어서 분쟁 대상인 수술 및 치료과정 등은 해당 의료진이 아니면 환자가 직접 이를 알기도 어렵고, 그에 관한 증거를 구하기 힘들기 때문에, 입증책임을 경감시킴으로써 의료진으로 하여금 그가 보유하고 있는 증거들을 제출하도록 유인하는 것이 필요하다. 그러나 변호과오소송에서 승소가능성의 판단 대상인 분쟁에 대한 증거는 1차적으로 변호인이 아닌 의뢰인에게 존재하고, 의뢰인조차 알지 못하는 사실관계나 증거를 변호사가 지득·보유할 가능성은 상정하기 어렵다. 무엇보다, 의뢰인에게 반대되는 증거를 보유한 전소송의 상대방은 변호과오소송에 참여할 의무가 전혀 없기 때문에, 정작 실제적 권리관계의 당사자도 참여하지 않는 상황에서 일방의 주장만으로 그에 관해 판단하는 것은 추후 또 다른 분쟁을 양산할 가능성이 크다. 마지막으로 무기의 대등성 원칙이다. 전문가를 상대로 한 소송이라는 측면에서는 아무리 변호사라 하더라도 의료행위에 대한 전문성이 상대방인 의료진에 비해 일천할 수 밖에 없지만, 변호과오소송에서는 의뢰인의 변호사 역시 상대방인 전소송의 변호사와 유사한 수준의 법률적 지식을 가지고 있으므로 어느 정도는 무기의 평등성이 보장된다.

이러한 점을 종합해 볼 때, 변호과오소송에서 변호과오가 없었더라면 전소송의 제기만으로도 당연히 의뢰인에게 승소가능성이 존재하였을 것이라고 곧바로 추정하여 입증책임을 전환시키는 것은 다소 과도하다.⁷⁵⁾ 변호과오소송이 발달한 미국과 독일에서 입증책임을 전환을 대체로 인정하지 않는 이유도 바로 이 때문일 것이다. 다만, 변호과오소송의 특수성을 감안하여 증명의 정도를 경감하는 것은 입증의 기본원칙과 의뢰인의 입증곤란 사이 균형을 이루기 위한 방안으로서 타당하다고 생각된다.⁷⁶⁾ 통상 민사소송에서 있어서의 인과관계의 입증은 ‘고도의 개연성’을 요하는데,⁷⁷⁾ 입증의 정도를 민사소송에서의 판단 기준인 고도의 개연성이 아닌 개연성의 정도로 완화한다면, 인과관계의 입증에 관한 기본

75) 同註, 김용덕, 주석 민법: 채권각칙 6(제5판), 한국사법행정학회, 2022, 743쪽.

76) 同註, 엄동섭 등, 앞의 책, 418쪽(김천수 집필부분); 김남길, 앞의 논문, 75쪽.

77) 대법원 2019. 2. 21. 선고 2018다248909 전원합의체 판결; 대법원 1990. 6. 26. 선고 89다카7730 판결 등.

원칙은 그대로 유지하면서도 의뢰인에게 손해가 발생하지 않았을 것이라는 여러 가지 간접사실들을 통해서도 개연성을 입증할 수 있게 된다. 이에 대해서는 승소가능성 내지 의뢰인이 달리 행동하였으리라는 것을 개연성만으로 인정한다면 입증책임의 전환과 크게 다를 바가 없어 변호사에게 지나치게 불리하지 않느냐는 반론이 제기될 수도 있다. 그러나 우리 판례는 의료과오 사건에서도 “(의료과오에 관하여) 의료상의 과실 이외의 다른 원인이 있다고 보기 어려운 간접사실들이 증명되면 그러한 증상이 의료상의 과실에 기한 것이라고 추정할 수 있”고, “그 경우에도 의사의 과실로 인한 결과 발생을 추정할 수 있을 정도의 개연성이 담보되지 않는 사정들을 가지고 막연하게 중한 결과에 대하여 의사의 과실과 인과관계를 추정함으로써 결과적으로 의사에게 무과실의 증명책임을 지우는 것까지 허용되는 것은 아니”라고 보고 있는바,⁷⁸⁾ 변호과오소송에서도 의뢰인은 막연하게 변호사의 과실이 있었다는 사실 뿐만 아니라 변호사의 과실 이외에는 패소 판결의 가능성 내지 손해발생의 여지가 없었다는 간접사실을 입증해야만 할 것이므로, 인과관계의 추정 내지 입증책임의 전환과는 실질적인 면에서 차이가 있다고 할 것이다.

3. 정신적 손해와의 인과관계

변호과오와 정신적 손해와의 인과관계는 어떠한가? 예컨대, 변호인이 의뢰인의 동의 없이 소송을 임의로 취하하거나 화해를 한 경우, 변호과오가 없었다면 보다 유리한 판결을 받을 수 있었음을 의뢰인이 주장·입증하지 못한다면 재산적 손해는 부정될 것이나, 그러한 경우에도 정신적인 손해는 별도로 청구할 수 있는 것인지 문제될 수 있다.

이에 대해 초기 판례는 다소 부정적인 태도를 취하였다. 예컨대, 과거 판례는 변호사가 소송수행 중 임의로 소를 취하한 경우 그로 인하여 입게 된 원고의 정신적 손해는 특별사정으로 인한 손해이므로 그 변호사가 그 특별사정을 알았거나 알 수 있었을 것이라고 인정되는 경우에 한하여 인용될 수 있다고 하고,⁷⁹⁾ 변호사가 항소제기기간을 도과시켜 의뢰인의 패소가 확정된 경우에도 “수임인의 채무불이행으로 인하여 위임의 목적을 달성할 수 없게 되어 손해가 발생한 경우, 그로 인하여 위임인이 받은 정신적인 고통은 그 재산적 손해에 대한 배상이 이루어짐으로써 회복된다고 보아야 하고, 위임인이 재산

78) 대법원 2015. 10. 15. 선고 2015다21295 판결; 이러한 판결이 개연성설, 사실상 추정설, 표현증명설 중 어떤 입장에 의한 것인지에 대해서는 다툼이 있다. 김용덕, 앞의 책, 251쪽(이연갑 집필 부분).

79) 대법원 1980. 10. 14. 선고 80다1449 판결.

적 손해에 대한 배상만으로는 회복될 수 없는 정신적 고통을 입었다는 특별한 사정이 있고, 수임인이 그와 같은 사정을 알았거나 알 수 있었을 경우에만 배상책임이 있다”고 하면서,⁸⁰⁾ 결국 그러한 특별한 사정을 알았거나 알 수 있었다는 점에 대한 입증이 없다는 이유로 위자료 청구를 모두 기각하였다.

그러나 정신적 손해는 변호과오의 구체적 태양에 따라 경우를 나누어 검토해 볼 필요가 있다. 먼저 변호과오가 재판받을 권리의 침해로 이어진 경우, 예컨대 변호사가 소송을 임의로 취하했거나 의뢰인의 동의 없이 화해 내지 조정에 임한 경우, 상소제기기간이나 제척기간을 도과한 경우, 연속된 불출석으로 소송이 취하간주된 경우 등에는 재산상 손해 여부와 무관하게 정신적 손해를 인정할 필요가 있다.⁸¹⁾ 전소에서의 승소가능성이 없었던 경우 재산상 손해는 인정되지 않을 것이지만, 현실에서는 승소가능성이 아무리 적은 경우라도 소송절차를 통한 절차적 만족감을 추구하는 경우도 다수 존재하는데, ‘재판받을 권리’라는 이러한 절차적 만족감은 단순한 재산적인 이익으로 치환될 수 있는 것은 아니기 때문이다. 판례도 초기의 부정적 태도와 달리 이제는 이러한 경우에도 정신적 손해를 인정하는 태도를 보이고 있다. 예컨대, 판례는 의뢰인이 변호사 사무실 직원으로부터 상고제기기간을 잘못 고지받은 사안에서, 승소가능성이 없는 한 재산상 손해는 인정되지 않지만, 상고기회를 잃게 됨으로써 입은 정신적 고통은 배상할 의무가 있다고 하면서 위자료 1,500만 원의 지급을 명한 바 있고,⁸²⁾ 변호사는 조정에 갈음하는 결정의 내용을 점검하여 의뢰인에게 불이익한 내용이 있다면 그 내용과 이의를 제기하여 소송을 계속할 경우의 유·불리 및 승소가능성에 대하여 구체적으로 설명하고 조언할 의무가 있으므로, 그 설명을 잘못하여 의뢰인이 조정에 갈음하는 결정에 대해 이의할 수 있는 기회를 상실한 경우에는 위자료를 지급할 의무가 있다고 판시한 바 있다.⁸³⁾ 최근 다수의 하급심 판결 역시 재산상 손해와 별도로 정신적 손해를 인정하는 경향을 보인다.⁸⁴⁾

80) 대법원 1996. 12. 10. 선고 96다36289 판결.

81) 양창수, 민법연구 6권, 460쪽; 이청조, “변호사의 의뢰인에 대한 기대권침해론”, 236-237쪽.

82) 대법원 1997. 5. 28. 선고 97다1822 판결.

83) 대법원 2014. 3. 27. 선고 2012다40349 판결. 그 외 II.항에서 살펴본 다수 판례들도 참조.

84) 서울중앙지방법원 2022. 11. 7. 선고 2022가단3101 판결(피고가 원고의 형사 항소심에서 변호인 의견서는 제출하였으나 변론종결 전에 변론요지서를 작성하고도 실수로 재판부에 제출하지 아니하였고 이후 항소가 기각된 사안에서, 원고는 실질적으로 변호인의 조력을 받을 권리 및 공정하고 적정한 재판을 받을 권리를 침해당하였으므로, 피고는 원고에게 그로 인한 정신적 손해 3,000만 원을 배상할 의무가 있다고 본 사안); 서울중앙지방법원 2022. 10. 17. 선고 2022가단5036663, 2022가단5154288 판결 및 수원지방법원 2016. 8. 25. 선고 2015가단133835 판결(상고기간을 도과한 경우 심급에 따른 재판을 받을 권리 내지 상고기회 자체를 상실한 데 대한 위자료를 인정한 사안) 등.

반면, 설명의무 등 기타 의무위반의 경우에는 곧바로 정신적 고통을 인정하기에는 부족하고, 이로 인하여 의뢰인이 불리한 결과나 처분을 받는 등 정신적 고통을 인정할 만한 별도의 사정이 발생해야 한다고 봄이 타당하다. 이는 의료과오소송에서 설명의무 위반시 곧바로 위자료를 인정하는 것과 다소 균형이 맞지 않는 것처럼 보일 수 있다. 그러나 의료행위는 신체에 대한 침습행위를 당연한 전제로 하는 것이고, 설명의무는 그러한 침습에 대한 피해자의 동의 내지 정당행위로서의 요건을 갖추기 위한 필수적 전제로서의 의미를 갖기 때문에, 설명의무위반이 곧 자기결정권 침해로 이어지는데 무리가 없다. 반면, 변호업무의 경우 비록 잘못된 조언이나 설명이라고 하더라도 그러한 이야기를 하는 것만으로 곧바로 의뢰인에 대한 어떠한 침습 내지 침해가 초래된다고 보기는 어렵다. 이러한 경우는 의뢰인이 실제로 설명의무위반에 따라 어떠한 행위를 하거나 또는 하지 아니함으로써 불이익한 결과가 발생했을 때 실질적인 침해가 발생한다고 보아야 한다. 그리고 이로 인한 불이익한 결과란 통상 재산적인 손해를 의미할 것이므로, 이 경우 정신적 손해는 종래 판례의 취지와 같이 재산상 손해의 회복으로 인하여 전보되지 않는 특별한 사정이 인정될 때에만 정신적 손해에 대한 배상을 인정함이 타당하다. 예컨대, 영화감독이 특정한 음원을 무상으로 영화 배경음악으로 사용해도 되는지 변호사에게 자문을 구하여 변호사로부터 저작권 침해 문제는 발생하지 않는다는 답변을 받고 그에 따라 대가없이 음원을 사용하였는데, 이후 저작권자로부터 저작권 사용료 청구 소송을 제기당하여 그 지급을 명하는 판결을 받게 되었다면, 저작권 사용료 자체는 어차피 지급할 의무가 있었던 것이므로 손해에 해당하지 않는다 할지라도, 설명의무위반으로 인한 손해와 관련하여서는 소송에 대응하기 위하여 지출한 변호사 비용을 재산상 손해로 청구하면 되고, 특별한 사정에 대한 주장·입증이 없는 한 별도로 위자료를 청구할 수는 없을 것이다.⁸⁵⁾⁸⁶⁾

4. 대상판결의 검토

대상판결은 변호사가 적절한 상담·조언 의무에 반하여 형사처벌 위험성을 고지할 주의의무를 다하지 아니하여 유죄판결을 받은 이상 원고들의 정신적 손해가 인정된다고

85) 同旨, 김종윤, 앞의 논문, 89쪽; 윤석찬, 앞의 논문, 231쪽.

86) 참고로, 미국의 *Snyder v. Baumecker* 판결은, 변호사의 과실로 의뢰인이 수감되어 자살한 경우 변호사는 자살에 대해서는 예견가능성이 없어 책임이 없지만, 수감으로 인한 정신적 고통에 대해서는 책임이 있다고 보았다. 215 Cal. App. 3d 102, 264 Cal. Rptr. 448 (1989).

판단하였다. 전술한 바와 같이 재산상 손해의 경우 변호과오와 손해 사이 인과관계의 증명 정도를 완화하는 것이 바람직하므로, 의뢰인인 원고는 피고의 잘못된 설명과 조언이 있었고, 그러한 조언에 기인하여 분쟁 대상 목적물을 처분하여 횡령죄로 처벌받게 된 것이라는 점 정도만을 주장·입증하면 재산상 손해, 즉 원고가 형사재판에 대응하기 위하여 소요된 변호사 비용 등을 청구하기에 충분할 것이다. 대상판결에서 당사자는 위자료만을 청구하였으나, 만일 재산적 손해도 함께 청구하였다면 그 또한 인용이 가능하였을 것이다.

정신적 손해의 경우 만일 원고의 과실이 재판을 받을 권리 자체의 침해와 관련된 것이라면 그 자체로 곧바로 정신적 고통을 인정할 수 있을 것이나, 사안과 같이 설명의무를 제대로 이행하지 아니하여 손해를 입었다고 주장하는 경우라면 재산상 손해로는 회복될 수 없는 특별한 정신적 고통이 발생하였다는 점을 원고가 주장·입증해야 한다. 대상판결의 경우에는 형사상 유죄 판결을 받아 범죄자가 되었다는 특수성이 있기 때문에 통상손해(재산상 손해)에서 나아가 의뢰인들의 특별한 정신적 고통을 인정하는 데 무리가 없다. 그러나 일반적으로는 설명의무를 위반하였다는 것만으로 재산상 손해와 별도의 정신적 손해가 곧바로 인정된다고 보기 어렵고, 의뢰인에게 재산상 손해로 회복될 수 없는 특별손해가 있고 그러한 사정을 변호사도 알거나 알 수 있었다는 점을 의뢰인이 입증해야 할 것이다.

참고로, 대상판결의 관련 사건인 피고 변호사 소속 법무법인의 수임료 청구 사건(서울중앙지방법원 2016. 6. 14. 선고 2015가단59076 판결, 서울중앙지방법원 2016. 10. 5. 선고 2016나39247 판결, 상고취하로 확정)에서 법원은 피고의 설명의무위반으로 인해 원고들이 배임죄로 처벌받았다고 보기는 어렵다는 이유로 손해와의 인과관계를 부정하고, 피고의 불법행위로 인한 위자료 청구권을 자동채권으로 하는 원고들의 상계 항변을 배척하였다. 위 판결은 피고의 설명의무위반과 원고의 손해(배임죄 처벌) 사이의 인과관계의 증명정도를 매우 엄격하게 판단한 결과로 보인다. 이처럼 사실상 동일한 쟁점에 대한 판결 이후에 그와 반대되는 내용의 대상판결이 병존하게 된 것은 바람직하다고 볼 수는 없지만, 위 판결은 피고가 아닌 피고 소속 법무법인이 당사자인 사건이므로 대상판결에 직접적인 기판력이나 쟁점효를 갖는 것은 아니고,⁸⁷⁾ 결론에 있어서는 인과관계를 인정하여 위자료 청구를 인정한 대상판결이 타당하다고 할 것이다.

87) 대법원 1992. 10. 27. 선고 91다20876 판결.

V. 결론

변호사 수의 증가, 당사자들의 법률 수준과 권리의식 제고 등으로 인하여 향후 변호과오소송은 계속 증가할 가능성이 크다. 종래에는 변호과오라 하더라도 상소제기기간 도과와 같이 변호사의 과실과 그로 인한 권리 침해 여부가 비교적 명확한 경우만이 주로 문제되었다면, 이제는 의료과오소송에서와 마찬가지로 외관상 변호사의 행위가 있었더라도 그 내용이 부적절한 경우까지 확대되는 경향이 있고, 대상판결에서도 변호사의 설명·조언이 내용상 부적절하였던 것이 문제되었다.

변호사의 의무, 특히 설명·조언 의무는 구체적인 위임계약의 체결단계와 위임계약의 내용에 따라서 판단하여야 할 것이나, 기본적으로 위임계약의 체결 전 상담단계에서는 계약체결상의 과실책임에 불과하여, 의뢰인으로부터 제공받은 정보와 사실관계 및 상담을 의뢰받은 사항에 국한하여 판단해야 할 것이고, 위임계약 체결 후에는 수임인으로서의 당해 소송의 진행 상황과 처리방향 뿐만 아니라, 해당 소송으로 인한 권리 확보에 필요한 보전조치, 해당 소송의 진행에 영향을 미칠 수 있는 관련 행위나 행정·형사상 문제점, 판결의 내용과 항소 가능성 등에 대해서도 적절하게 설명해 줄 의무가 발생한다고 보아야 한다.

한편, 변호과오소송의 특수성으로 인하여 변호사의 과실과 재산상 손해와의 인과관계, 특히 승소가능성에 대해서는 인과관계를 추정해야 한다는 견해도 제기되고 있으나, 입증책임 자체를 전환하는 것은 과도하다고 보이고, 다만 증명의 정도를 고도의 개연성에서 개연성 정도로 완화하여 의뢰인의 입증 부담을 어느 정도는 경감해 줄 수 있을 것이다. 나아가 정신적 손해의 경우 변호과오가 재판받을 권리의 침해로 이어졌다면 다른 특별한 사정이 없이도 바로 정신적 고통을 인정함이 타당하나, 그 외의 경우에는 재산상 손해배상으로도 회복할 수 없는 특별한 사정을 의뢰인이 여전히 주장·입증해야 한다고 봄이 상당할 것이다.

대상판결은 이러한 관점에서 변호사는 의뢰인이나 그의 대리인으로부터 위임된 소송의 소송물 또는 공격방어방법, 후속 분쟁 발생 가능성 등의 측면에서 위임사무 수행과 밀접하게 관련된 법률적 문제에 관하여 구체적인 질의를 받은 경우에는, 그것이 직접적인 수임사무가 아니더라도 적절하게 설명해 주어야 할 의무가 있고, 변호사가 만연히 승소를 장담하면서 잘못된 설명을 하여 의뢰인이 형사처벌을 받게 되었다면 그로 인한 위자료를 배상할 책임이 있다고 보았다. 이러한 대상판결의 결론은 타당하며, 변호사는

평균적인 변호사 이상의 법률지식 수준을 유지하기 위한 노력을 경주함과 동시에 의뢰인에게 결과에 대한 잘못된 확신을 주지 않도록 경각심을 유지하여야 할 것이다.⁸⁸⁾

88) 참고로, 우리나라에서도 변호사책임보험 강제주의를 도입해야 한다는 주장이 다수 제기된 바 있다. 그 구체적 내용에 대하여는 유주선, “변호사의 변호과오와 배상책임보험의 의무화”, 기업법연구 제28권 제4호, 한국기업법학회, 2014, 423쪽 이하; 하영태, “변호사배상책임보험의 완전한의무화를 위한 입법방안”, 보험법연구 제12권 제2호, (사)한국보험법학회, 2018, 333쪽 이하 등 참조.

참고문헌

1. 단행본

- 곽윤직, 채권각론(신정판), 박영사, 1995.
- 김용덕, 주석 민법: 채권각칙 6(제5판), 한국사법행정학회, 2022.
- 김종윤, 변호사책임과 보험, 능화드림, 2005.
- 김형배, 채권각론 계약법(신정판), 박영사, 2001.
- 서울대학교 법과대학 편, 법률가의 윤리와 책임, 박영사, 2000.
- 양창수, 민법연구 제1권, 박영사, 1991.
- _____, 민법연구 제6권, 박영사, 2001.
- 양창수/권영준, 민법II: 권리의 변동과 구제 (제4판), 박영사, 2021.
- 엄동섭/김천수/박영규/오종근/정태운, 변호사책임론, 소화, 1998.
- 지원림, 민법강의(제17판), 홍문사, 2020.
- Vincent R. Johnson, *Legal Malpractice Law in a Nutshell*, West, 2010.

2. 학술지

- 강희원, “변호사의 책임(하)-우리나라의 현황과 민사책임의 법이론적 구성을 중심으로”, 인권과 정의 제233호, 대한변호사협회, 1996, 122-137쪽.
- 권혁중/박종찬, “변호사 설명의무론의 법적구성에 관한 고찰”, 법학논총 제40권 제4호, 단국대학교 법학연구소, 2016, 275-305쪽.
- 김상영, “변호과오소송에 관한 연구”, 민사소송 제2권, 한국민사소송법학회, 1999, 191-216쪽.
- 김윤중, “변호사배상책임보험의 보험약관상 보상책임조항의 해석”, BFL 제84호, 서울대학교 금융법센터, 2017, 86-100쪽.
- 김종윤, “변호사 과오책임”, 인권과 정의 제208호, 대한변호사협회, 1993, 75-90쪽.
- 김홍화, “변호사과오소송에 있어서 ‘승소가능성’에 관한 소고 -인과관계 판단 기준인 ‘승소가능성’의 증명해결 방안을 중심으로-”, 경희법학 제51권 제4호, 경희대학교 법학연구소, 2016, 457-481쪽.
- 소재선, “전문가로서 변호사의 민사책임-독일, 프랑스, 일본 등 대륙법국가를 중심으로”, 법조 제44권 제11호, 법조협회, 1995, 44-80쪽.

- 유주선, “변호사의 변호과오와 배상책임보험의 의무화”, 기업법연구 제28권 제4호, 한국 기업법학회, 2014, 411-436쪽.
- 윤석찬, “변호사의 전문가책임에 관한 소고”, 동아법학 제55호, 동아대학교 법학연구소, 2012, 227-252쪽.
- 어수용, “계약체결과과정에서의 설명의무와 선택권의 보호”, 재산법연구 제27권 제3호, 한국재산법학회, 2011, 87-128쪽.
- 이재목, “변론과오와 변호사의 민사책임에 관한 일고”, 법학연구 제14권, 충북대학교 법학연구소, 2003, 245-275쪽.
- 이청조, “변호과오에 관한 인과관계의 입증”, 동아논총 제31집, 동아대학교, 1994, 93-116쪽.
- _____, “변호과오소송의 추이와 동향”, 동아법학 제6호, 동아대학교 법학연구소, 1988, 477-523쪽.
- _____, “변호사의 의뢰인에 대한 기대권침해론”, 동아법학 제8호, 동아대학교 법학연구소, 1989, 209-237쪽.
- 정조근/한웅길/이청조, “변호과오방지를 위한 업무기준모색에 관한 연구”, 동아법학 제12호, 동아대학교 법학연구소, 1991, 69-202쪽.
- 정한중, “‘효과적인 변호’를 받을 권리 -변호인의 성실의무 위반을 중심으로-”, 서울법학 제23권 제1호, 서울시립대학교 법학연구소, 2015, 245-276쪽.
- 조무제, “변호사 윤리로서의 설명의무”, 인권과 정의 제409호, 대한변호사협회, 2010, 63-72쪽.
- 하영태, “변호사배상책임보험의 완전한의무화를 위한 입법방안”, 보험법연구 제12권 제2호, (사)한국보험법학회, 2018, 333-354쪽.
- 홍기문, “변호과오(Legal Malpractice)”, 민사법연구 제4집, 대한민사법학회, 1995, 327-381쪽.
- Jeffrie D. Boysen, “Shifting the Burden of Proof on Causation in Legal Malpractice Actions”, *St. Mary's Journal on Legal Malpractice and Ethics Vol. 1 No. 1*, St. Mary's University School of Law, 2011, pp. 308-341.
- Vincent R. Johnson, “Causation and “Legal Certainty” in Legal Malpractice Law”, *St. Mary's Journal on Legal Malpractice and Ethics Vol. 8 No. 2*, St. Mary's University School of Law, 2018, pp. 374-405.

3. 학위논문

권혁중, “변호사의 설명의무에 관한 연구: 법적구성과 유형화를 중심으로”, 강원대학교 대학원 박사학위논문, 2018.

김근수, “변호과오의 책임법리에 관한 연구”, 동아대학교 대학원 박사학위논문, 2007.

김남길, “법률전문가로서 변호과오의 민사책임에 관한 연구”, 한국외국어대학교 대학원 석사학위논문, 2015.

배성호, “변호사의 민사책임에 관한 연구”, 영남대학교 대학원 박사학위논문, 2000.

이미자, “변호과오소송에 있어서 증명책임”, 전남대학교 대학원 석사학위논문, 2011.

[Abstract]

The Extent of a Lawyer's Duty to Explain and the Burden of Proof for Causation in a Legal Malpractice Case

—A Review of the Supreme Court Decision 2018Da300364—

Inyoung Cho*

The Supreme Court of Korea recently adjudicated that a lawyer, who has breached his fiduciary duty by negligently explaining to his client that he can sell his estate freely while a trial over that estate is still pending in a court, is liable for his legal malpractice and should pay for the client's mental distress when the client had been punished for the crime of misappropriation.

Legal malpractice cases will continue to increase as the number of the lawyers increases and the society's standard for legal rights is enhanced. While only obvious negligence such as missing out the deadlines to file for an appeal has been at stake in the past, now the adequacy of the lawyer's performance is questioned. A lawyer's duty, especially to explain and to advise should be decided based on the contractual stage and the content of the contract between the lawyer and the client. If the lawyer has not entered into a contract with the client yet, the lawyer's liability arises from 'culpa in contrahendo', and the extent of his duty to explain should be assessed from the facts and issues raised by the client. Once the contract has been made, lawyer's duty extends to the general fiduciary duty including duty to report the status and the prospect of the trial, to take preservative measures for enforcement, and to explain related acts that might influence the result of the trial, related administrative or criminal issues, or the meaning of the final judgment and the right of appeal.

Some argue that the burden of proof for causation in pecuniary damages should be put on the lawyer in legal malpractice cases. While such presumption is too much of a deviation from the basic principle, the level of the proof can be mitigated to simple probability. When the

* Associate Professor, Yonsei Law School

client's right to a trial has been infringed upon by a lawyer's malpractice, he can claim for his mental damages without proving further elements. In other cases, the client should prove that there has been a special mental damages that cannot be compensated by pecuniary damages.

The Supreme Court of Korea has rightfully adjudicated that a lawyer is responsible for his wrongful explanation for a client's question when it is closely related with his original lawyer-client relationship, and that he should pay for mental damages when the client has been found guilty in a criminal case due to his explanation. It is critical for lawyers to maintain proper legal knowledge as an ordinary lawyer, and to be cautious not to give any false assurance to a client.

[Key Words] legal malpractice, duty to explain, causation, probability, mental damages