

# 辯護士報酬의 現代的 課題

## Modern Thesis of Attorney Fee

배 성 호(Bae, Sung Ho)\*

### ABSTRACT

Unless violating the good morals and manners as well as other social order, the agreement of attorney fee may be freely concluded at the sole discretion of the parties. The issue of excessive attorney fee could be efficiently solved by adopting market principle through basic increment of number of attorneys, thereby preventing monopolistic and oligopolistic price which has prevailed in the market for the benefit of supplier. In the criminal case, the special contract of success fee for attorney should be regarded as invalid in principle. This is because attorney, as an independent judicial institution, should not be affected by factors other than fair performance of the assigned case. Thus, he should be independent from the client and his profit. In this sense, the special contract of success fee shall inevitably infringe such independence of attorney.

Meanwhile, in the civil case where success fee for attorney may be actually recognized, it could be recognized in principle, but within reasonable extent. Especially, the special contract of success fee on the family affairs among civil cases is likely to unfairly instigate divorce or separation as well as hinder the reconciliation between the parties. Furthermore, the money to support spouse or children could be unfairly transferred to attorney. Thus, it is required to prohibit the special contract of success fee as well as its judicial effect.

Key Words : 변호사, 변호사 보수, 성공보수, 변호사윤리, 변호과오소송, 신의성실의 원칙, 선량한 풍속 기타 사회질서, 불공정한 법률행위

---

\* 영남대학교 교수, 법학박사.

## I. 序說

“변호사는 기본적 인권을 옹호하고, 사회정의의 실현을 그 사명으로 하며, 직무내용에 있어서도 공공성을 지닌 법률전문가로서 독립하여 자유롭게 그 직무를 행한다.”<sup>1)</sup> 변호사는 법률전문가로서 의뢰인에 대하여 전문지식을 이용하여 법률서비스를 제공하고 보수를 받는 법률서비스제공자이면서, 법치주의와 사회정의실현에 이바지하는 독립적 사법기관으로서 소송의 승패에 관계없이 정당한 보수를 받을 수 있다.

변호사의 보수는 일반적으로 수입하는 사무의 내용에 따라 소송사건에 대한 보수와 기타 법적 서비스에 대한 보수로 나누어 볼 수 있다. 특히 사건보수는 착수금과 성공보수로 나누어 볼 수 있다.<sup>2)</sup> 하지만 우리나라에서 유독 변호사 보수에서만 착수금과 성공보수라고 하는 이중적이며 중첩적인 구조를 가지는 보수체계는 과연 타당한 것인가.

한편 우리나라에서는 변호사의 자격<sup>3)</sup>에 대하여 엄격히 제한함으로써 변호사에 대하여 독과점적 지위를 보장해 주고 있기 때문에, 변호사들은 그들의 법률전문가로서의 지위와 의뢰인들의 궁박한 처지에 의거하여 상

1) 변호사법 제1조 내지 제2조 참조.

2) 현재와 같은 변호사 보수체계는 근대 변호사제도의 수용 연혁과 관련 깊다. 오늘날의 변호사제도가 우리나라에 도입된 것은 1894년과 1895년의 갑오개혁과 을미개혁에서부터이다. 일제는 내정개혁의 명목으로 재판소구성법(1895.4. 법률 제1호)을 공포하고 아울러 법관양성소(1895.4) 및 법률기초위원회(1895.6)를 설치하였다. 이에 따라 법관과 변호사 등이 탄생될 수 있는 제도적 기초가 마련되었다. 그러나 법관양성소는 우리나라 최초의 근대적 법학교육기관으로 법조인 양성의 중심기관이었으나, 시대상황에 따른 제약으로 큰 역할을 하지 못하였다. 그리고 법률기초, 재판사무를 통하여 사실상 법조인이 형성되었다. 이들이 1905년 11월 변호사법의 시행과 함께 변호사 자격을 인정받았다. 이러하듯 변호사제도의 도입이 일본을 통한, 일본에 의한, 일본의 식민지 통치를 위한 것이었기에 변호사의 보수 체계 역시 자연스럽게 착수금과 성공보수금이라고 하는 일본의 이원적 변호사보수체계가 그대로 전래되게 되었다. 정공식, 법률가상의 변천: 전통과 근대, 법률가의 윤리와 책임, 2000, 73-76면; 동, 한말법령체계분석, 1991, 22-34면; 동, 한말법률기초기관에 관한 소고, 한국법사학논총 [박병호교수환갑기념논문집Ⅱ], 1991, 251면 이하; 田中紘三, 辯護士報酬: 新しい時代の報酬のあり方, 護士の役割と倫理, 2004, 307면 이하, 특히 314-315면; 塚原英治, 報酬及び依頼者との金銭關係, 塚原英治・宮川光治・宮澤節生 編著, 法曹の倫理と責任(上)(補訂版), 2005, 317면 이하 참조.

3) 변호사법 제4조 내지 제5조 참조.

당 이상의 보수를 받고 있음이 작금의 현실이다. 이러한 상황은 민·형사 사건을 가리지 않는다. 여기에 변호사 보수의 적정성과 나아가 성공보수 특약의 유효성 및 그 허용범위에 대하여 검토할 필요성이 있다 할 것이다.

또한 법조비리 중의 하나인 사건브로커를 통한 변호사의 사건수임을 보더라도,<sup>4)</sup> 브로커에게 소개료 등 일정 금원을 제공하고서도 변호사에게 상당한 경제적 이득을 주기 때문에 이러한 법조비리가 근절되지 않는다 할 것이다. 결국 그 부담은 시장의 원리상 의뢰인에게 전가되는 것이다.

변호사의 보수문제는 소송문제전반, 국가의 사법제도, 변호사의 지위, 변호사윤리 그리고 변호과소송 등과도 관련 있는 복잡하고 지난한 문제이다. 본고에서는 변호사 보수의 상당성 문제와 소위 성공보수특약의 유효성 및 그 허용범위 등에 대하여 “변호사는 공공성을 지닌 법률전문가로서 국민의 기본적 인권을 옹호하고 사회정의를 실현하며 사회질서 유지 및 법률제도의 개선에 노력하여야 할 책무가 있다”라는 관점에서 고찰해 보고자 한다.

## II. 辯護士의 地位

1. 변호사법 제1조 제1항에 의하면 “변호사는 기본적 인권을 옹호하고 사회정의를 실현함을 사명으로 한다”고 하며, 동조 제2항에서 “변호사는 그 사명에 따라 직무를 수행하고 사회질서의 유지와 법률제도의 개선에 노력하여야 한다”고 한다. 따라서 변호사는 기본적 인권의 옹호와 사회정의를 실현 그리고 직무수행에 있어 공공성, 독립성을 그 내용으로 하는 준사법기관으로서의 지위를 가진다고 할 것이다.<sup>5)</sup>

4) 변호사법 제34조 제1항·제2항·제5항, 제36조, 제37조 참조.

5) 독일에서 변호사의 신분과 지위는 국가사법의 보조인력에 불과하다고 보았으나, 오랜 논의를 거쳐 변호사는 비록 공무원신분은 아닐지라도 소송기관으로서 법관과 동등한 지위가 인정되는 사법기관으로 인식되고 있다고 한다. (김일수, 변호인은 사법기관인가, 고시연구 1984.2., 23면 이하; 조희중, 한국의 변호사, 1995, 54면; 전경운, 변호사의 성공보수약정, 민사법학 제25호, 2004, 218-219면 참조). 현재 독일 연방변호사법(Bundesrechtsanwaltsordnung) 제1조에서는 “변호사는 독립한 사법기관이다”라고 명문의 규정을 두고 있다. 변호사를 독립적 사법기관으로 인식하게 되면 변호사로 하여금 사회정의와 질서확립에 기여하도록 하고, 변호사 보수를 공정하게 책정할 수 있고, 부당한 소송 등으로 인한

또한 동법 제2조에 의하면 “변호사는 공공성을 지닌 법률전문직으로서 독립하여 자유롭게 그 직무를 수행한다”고 한다. 여기서의 ‘독립’이란 변호사는 의뢰인의 이익을 위하여 그 직무를 수행하지만, 법적 전문지식을 사용하여 의뢰인으로부터 독립하여 활동함으로써 의뢰인의 부당한 요구를 거절할 수 있어야 함을 의미하는 것이다.

이와 같이 변호사는 법치주의와 정의실현에 이바지하는 독립적 사법기관으로서 소송의 승패에 관계없이 정당한 보수를 받을 권리가 있다. 변호사는 단순히 의뢰인의 이익을 위하여서가 아니라 사법의 이념에 맞게 의뢰인의 사무를 처리하여야 한다. 그러므로 변호사는 명백히 권리 없는 자를 위하여 법적 서비스를 제공할 의무를 부담하지 않으며, 불성실한 의무이행으로 인한 의뢰인의 손해를 배상할 의무뿐만 아니라 위법한 업무 수행으로 의뢰인의 상대방 당사자가 입은 손해를 배상할 의무<sup>6)</sup>도 부담하게 된다.<sup>7)</sup>

2. 한편 변호사는 법률전문가로서 의뢰인에 대하여 전문지식을 이용하여 법률서비스를 제공하고 보수를 받는 법률서비스제공자로서의 측면도 있다. 변호사보수는 변호사가 들인 시간과 비용 그리고 전문지식을 활용한 대가이다.<sup>8)</sup>

3. 결국 변호사는 사익을 추구하는 법률서비스제공자이면서, 공공성과 독립성을 갖는 법률전문가로서 또한 준사법기관으로서 기본적 인권의 옹호와 사회정의 실현에 대한 사명을 가진다고 할 것이다.

---

무고한 시민들이 시달리는 일을 방지할 수 있을 것이다. 그러나 한편으로 고객에 대한 고압적인 자세라든가 고객의 요구에 귀를 기울이지 않음으로써 고객의 불만을 초래할 가능성이 있다(호문혁, 송무변호사의 윤리와 책임, 법률가의 윤리와 책임, 2000, 227면 참조). 독일에서는 뒤에서 보는 바와 같이 변호사의 성공보수를 내용으로 하는 계약은 사회질서 위반의 법률행위라고 하여 이를 무효로 보는 것이 판례의 태도이다.

6) 부당소송으로 인한 손해배상과 관련하여 이상욱·배성호, 변호사책임과 제3자-특히 부당소송, 부당집행, 명예훼손을 중심으로, 영남법학 제6권 제1·2호, 2000, 277면 참조.

7) 호문혁, 전제논문, 227면 참조.

8) 田中紘三, 전제서, 308-310면 참조.

### Ⅲ. 辯護士의 報酬 一般

#### 1. 序

변호사 보수를 둘러싼 분쟁은 결국에는 변호사윤리에 관한 문제, 더 나아가서는 변호과오소송을 야기하는 한 원인이 되기도 한다.<sup>9)</sup> 즉 보수가 과대지불된 경우에는 과대지불된 것에 대한 반환청구소송의 원인이 되고 잠재적인 변호과오소송의 원인이 된다.

#### 2. 辯護士 報酬의 根據

가. 변호사와 의뢰인 간의 법률관계는 일반적으로 의뢰인이 변호사에게 자신의 법률문제에 대한 소송의뢰나 법률자문 등을 위탁하는 계약에 의하여 성립하게 되는 위임계약<sup>10)</sup>으로 보고 있다.<sup>11)</sup> 이러한 위임계약과 더불어 승소 등의 일정한 결과를 조건으로 하는 경우, 이러한 약정은 독립한 별개의 도급계약으로 볼 수 있으나, 소위 성공보수 특약을 두는 형태라면 위임계약의 부관으로 볼 것이다.

일반적으로 위임계약의 경우는 당사자 사이에 특별한 약정이 없으면 수임인은 위임인에 대하여 보수를 청구하지 못한다.<sup>12)</sup> 그러나 법률사무처리의 위임계약의 실재에 있어서는 명시적 특약이 없는 경우에도 특별한 사정이 없는 한 상당한 보수의 지급을 묵시적으로 합의한 것으로 볼 수 있고, 따라서 의뢰인은 무보수로 한다는 반대의 약정이 없는 한 변호사에게 보수를 지급하여야 할 의무가 있는 것으로 보아야 할 것이다.<sup>13)</sup> 판례도 변호사에게 계쟁사건의 처리를 위임함에 있어서 그 보수 및 액에 관하여 명시적 약정을 아니하였다 하여도 무보수로 한다는 등의 특별한 사정이 없는 한, 응분의 보수를 지급할 묵시의 약정이 있는 것으로 봄이 상당

9) 加藤新太郎, 辯護士報酬をめぐる紛争, 辯護士役割論[新版], 2000, 244-245면.

10) 민법 제680조.

11) 배성호, 변호사의 민사책임에 관한 연구, 영남대학교 박사학위논문, 2001, 21면; 김천수, 한국의 변호사책임론, 변호사책임론(한림과학원총서55), 1996, 394면; 한위수 집필, 주식민법 채권각칙(8), 2000, 175면.

12) 민법 제686조 제1항.

13) 대판 1993.2.12, 92다42941; 대판 1993.11.12, 93다36882; 대판 1995.12.5, 94다50229.

하며 변호사는 그 수임사건이 승소로 확정된 때와 이와 동일시할 사건귀결이 된 경우에는 무보수로 한다는 특약이 없는 한 제686조에 의하여 보수금을 청구할 수 있다고 한다.<sup>14)</sup> 또한 구체적으로 보수액을 약정하지 아니한 경우에는 법원은 사건수임의 경위, 사건의 경과와 난이정도, 소송물가액, 승소로 인하여 변호사 간의 관계 기타 변론에 나타난 제반사정을 참작하여 결정함이 상당하다고 한다.<sup>15)</sup>

나. 연혁적으로 로마법상 위임계약은 무상이 그 원칙이었다. 특히 그 무상성으로 도급, 고용 등과 구별되었다. 고용은 저급노무를 내용으로 하고, 위임은 고급노무를 내용으로 하는데, 고급노무는 자유인만이 할 수 있으며 자유인은 대가를 받고 일하는 것을 불명예로 여겼다. 로마법에서는 위임은 무상이 아니면 무효이다라고 하였지만, 로마법상에서도 제정시대에 이르러서는 보수를 청구할 수는 없으나 사례(salarium)를 받는 것은 허용되었다.<sup>16)</sup> 위임은 고용, 도급과는 달리 특별한 존경 내지 신뢰관계에 기초하여 수임인이 일의 대가로 보수를 받는 것을 불명예라고 생각하여 사례로서 위로를 받는 방식을 취하게 된 것이다.<sup>17)</sup>

이러한 위임계약의 무상성 원칙은 근대민법에서는 각 나라마다 그 입법태도를 달리하였지만, 로마법을 계수한 독일법의 영향으로<sup>18)</sup> 우리 민법 제686조 제1항은 “수임인은 특별한 약정이 없으면 위임인에 대하여 보수를 청구하지 못한다”고 규정함으로써 무상성을 원칙으로 하고 있다. 다만

14) 대판 1965.11.9, 65다1718; 대판 1976.5.25, 75다1637; 대판 1982.9.14, 82다125; 대판 1993.11.12, 93다36882 등.

15) 대판 1981.7.28, 80다2485.

16) 실제 로마에서는 상기의 원칙과는 달리 변호사의 보수가 중요한 법적·사회적 문제의 하나였으며, 변호사보수를 포함한 과도한 사법비용은 로마 사법체계의 맹점으로까지 논하여 지고 있다. 이미 공화정기에도 변호사의 보수에 대한 규제가 시도되었다. 기원전 204년의 ‘증물 및 부담에 관한 키키투스법’(lex Cincia de donis et Muneribus)은 변론가에게 소송변론에 대한 대가를 받는 것을 금지하였다. 그 뒤 원수정기의 클라우디우스 황제 때에도 변호사의 보수 최고액을 처음으로 법정하여 이를 위반하는 행위는 부당착취범으로 처벌하였고, 승소하여 얻은 취득금에 대한 참여(성공보수: palmarium)도 양속위반으로 금지하였다. 자세한 것은 최병조, 로마법상 법률가의 윤리, 법률가의 윤리와 책임, 2000, 89-99면 참조.

17) 현승종·조규창, 로마법, 1996, 773-774면.

18) 독일민법 제662조는 “위임의 승낙에 의하여 수임인은 위임인으로부터 위탁된 사무를 위임인을 위하여 무상으로 처리할 의무를 진다”라고 규정하고 있다.

당사자의 특약에 의하여 유상으로도 할 수 있음을 규정하고 있다. 또한 위임계약의 무상성에 기초하여, 수임인에게 경제적 부담이나 손실을 주지 않도록 위임인에게 수임인이 지출한 필요비의 상환의무(제688조 제1항)와 비용선급위무(제687조)를 규정하고, 수임인의 손해를 배상할 의무(제688조 제3항)를 규정하고 있다.

그러나 오늘날 실제로 위임계약은 특별한 사정이 없는 한 유상이 일반적이다. 따라서 변호사와 의뢰인 간에 보수에 관한 명문의 약정이 없는 경우에도 보수를 청구할 수 있다고 할 것이다. 변호사는 착수금이라는 보수 이외에 성공보수특약을 하고 소송에서 승소한 대가로 소송물 가액의 일정한 비율을 성공사례금으로 받고 있다. 연혁적으로 변호사가 무상의 위임계약을 한 경우에 위임인으로부터 감사의 사례금을 받았고, 점차 위임계약의 무상성이 무너지면서 보수금을 받도록 한 것이 일반적 추세라 할 것이다. 즉 위임계약상의 사례금은 위임계약의 무상성에서 비롯된 것이고, 위임계약에서 사례도 받고 보수도 받을 수 있다는 것은 아니라 할 것이다. 현재 우리 나라에서 변호사의 위임계약에서만 유독 성공보수 특약이 행하여지고 있는데, 착수금과 함께 성공보수특약을 하는 것은 종전의 고전적인 보수관념에서 현대적 보수관념으로 이행되는 과정에서 고전적 보수관념을 극복하지 못한 상태에서 현대적 보수관념으로 넘어왔기 때문에 발생한 문제라고 할 것이다.<sup>19)</sup>

### 3. 辯護士 報酬의 相當性

가. 변호사의 보수에 대한 법률상의 직접적 규제는 현재 우리 나라에는 없다. 과거에는 구변호사법 제19조와 이에 의한 대한변호사협회에서 제정한 ‘변호사보수기준에 관한 규칙’(대한변호사협회 규칙 제19호, 1983년 5월 제정되고 정부의 규제개혁 방침에 따라 2000년1월 변호사법 개정으로 폐지)과 이 규칙의 범위 내에서 지방변호사회가 정한 세부기준에 따르도록 하였지만, 강제되지는 않았다. 2000년 개정된 구변호사법 제19조는 “변호사의 보수기준은 대한변호사협회가 이를 정한다”고 규정하고 있었고, 이에 따라 대한변호사협회와 지방변호사협회는 ‘변호사보수기준에 관한 규칙’을 제정하여 과다하거나 불합리한 보수의 약정을 자율적으로 규제하여 왔었다. 그러나 1999년 2월 정부의 규제개혁의 일환으로 ‘독점규제 및

19) 전경운, 전제논문, 210면.

공정거래에 관한 법률의 적용이 제외되는 부당한 공동행위 등의 정비에 관한 법률'에 의하여 위 변호사법 제19조가 삭제됨에 따라 동 규칙도 폐지되었다.<sup>20)</sup>

위 '변호사보수기준에 관한 규칙'은 현행법상 당연히 성공보수가 허용됨을 전제로 민사사건이나 형사사건 모두 성공보수의 산정기준을 규정하고 있었으며, 변호사 성공보수의 약정 및 수수는 관행<sup>21)</sup>으로 확립되어 왔다.<sup>22)</sup>

나. 변호사 위임계약상 약정보수액이 부당하게 과다한 경우에 판례는 "상당하다고 인정되는 범위를 초과하는 보수액에 대하여는 그 지급을 청구할 수 없다"고 한다.<sup>23)</sup> 그렇다면 어떠한 기준으로 변호사 보수의 과다를 논할 수 있는가.

(1) 일반적으로 "당사자의 공박, 경솔 또는 무경험으로 인하여 현저하게 공정을 잃은 법률행위는 무효"이다.<sup>24)</sup> 변호사의 보수약정도 의뢰인의 공박, 경솔 또는 무경험으로 인하여 현저하게 공정을 잃었다면 무효가 된다. 그러나 지나친 금액으로 약정된 변호사 보수는 청구할 수 없다는 판례는 민법 제104조의 규정에 터잡고 있지는 않다. 변호사 보수약정이 민법 제104조에 의하여 무효가 되려면, 객관적 요건으로 약정된 보수가 변호사가 제공하는 노무에 비해 현저하게 불공정해야 하고, 법률행위의 당사자 일방이 공박, 경솔 또는 무경험의 상태에 있어야 하며, 주관적 요건으로 변호사가 의뢰인의 공박, 경솔 또는 무경험을 이용하였어야 한다. 여기에서 공박, 경솔 또는 무경험을 판단하는 기준시점은 법률행위시라고 할 것이다. 그리고 현저한 불균형의 존부도 역시 법률행위시를 기준으로 하여 판단하여야 할 것이다.<sup>25)</sup> 판례도 같다.<sup>26)</sup> 즉 민법 제104조의 객관적

20) 강일원, 사법개혁추진위원회의 형사사법개선방안, 형사재판의 제문제 제3권, 2000, 468면.

21) 주)2 참조.

22) 민사사건의 경우 소송물 가액에 따라 착수금과 성공보수의 산정기준을 정하고 있었는데, 성공보수는 소가에 따라 최고 16%까지 지급받을 수 있도록 규정하고 있었고, 형사사건의 경우 착수금과 성공보수금의 기준을 각 5,000,000원 이하로 규정하고 있었다. 강일원, 전게논문, 469면 참조.

23) 대판 1991.12.13, 91다8722; 대판 1992.3.31, 91다29804; 대판 1993.2.9, 92다30382; 대판 1995.4.25, 94다57626; 대판 2002.4.12, 2000다50190; 대판 2003.12.26, 2003다56595 등.

24) 민법 제104조.

요건으로서의 불공정이란 두 당사자의 급부가 사후적으로 보아 불공정하다는 뜻이 아니고, 계약 당시로 돌아가 그 때의 사정에 비추어 불공정하다는 것을 의미한다. 그러나 변호사 보수약정에 대한 판례의 대다수는 계약 당시로 돌아가 보수가 불공정하였는가를 따지지 않고, 실제 제공된 노무의 양과 보수를 사후적으로 비교하고 있다. 또한 판례는 이 경우 주관적 요건에 대한 언급은 전혀 하지 않고 있다.

변호사 보수약정 가운데 지나친 부분을 무효로 보는 판결들의 논거는 신의성실의 원칙 또는 형평의 원칙이다. 즉 판례는 “제반 사정에 비추어 그 약정보수액이 부당하게 과다하여 신의성실의 원칙이나 형평의 원칙에 반하는 특단의 사정이 있는 때에만” 지나친 보수를 청구할 수 없다고 한다.<sup>27)</sup>

(2) 그렇다면 신의성실의 원칙을 들어 법률행위의 전부 또는 일부를 무효로 보는 판례의 논거는 타당한 것인가가 문제된다. 이는 신의성실의 원칙의 기능에 대한 근본적 문제로 돌아간다.

민법의 최고원리는 공공복리인데, 그 행동원리 내지 실천원리로서 신의성실의 원칙이 자리잡게 되며, 이른바 민법의 기본 3대원리, 즉 소유권절대의 원칙, 계약자유 원칙, 과실책임의 원칙은 이들 행동원리의 제약 내에서 승인된다고 하는 견해도 없지 않으나,<sup>28)</sup> 신의성실의 원칙은 법규범의 흠결가능성을 전제로 한 형평이념의 반영이다. 민법 제2조는 이미 존재하는 권리적 보장의 수정을 위한 이익교량의 수단에 불과할 뿐이고, 법률제도의 미비를 보완하고 수정할 수 있는 일반적 형평규범을 의미하는 것은 아니다.<sup>29)</sup> 법의 흠결의 경우 일반조항으로의 도피보다는 되도록 유사한 규정의 유추적용 또는 제도 자체의 존재목적에 의하여 구체적으로 문제를 해결하여야 한다.<sup>30)</sup> 이러한 위험은 거래의 관행이나 법의 목적 및 공익과 사익의 조화를 고려하여 신의칙의 적용을 신중히 함으로써 제거될 수 있을 것이다. 그렇지 않고 추상적인 신의칙에 의하여 해결하면 법의 예견가능성을 흐리고 법적 안정성을 크게 해할 우려가 있을 뿐만 아니라 법원의 형평감각에 의하여 자의로 법률효과를 부정할 수 있는 위험을 내

25) 박윤직, 민법총칙, 2002, 214면; 이영준, 민법총칙[한국민법론 I], 2005, 243면.

26) 대판 1956.2.16, 4288민상401.

27) 대판 1991.12.13, 91다8722 등.

28) 박윤직, 전거서, 61면 참조.

29) 이영준, 전거서, 55면.

30) 고상룡, 민법총칙, 1999, 61면; 이영준, 전거서, 59면.

포하고 있다.<sup>31)</sup>

궁극적으로 신의칙의 적용은 개별사안에 대한 사법작용, 즉 판결에 의하여 구체화될 수밖에 없기 때문에 개개의 사례를 유형적으로 분류하여 신의칙이 적용되는 경우를 유형화함으로써 경험적인 것으로부터 규범적인 것으로 승화시키는 작업이 필요한 것이다. 다만 신의칙은 바로 고정적인 것과 탄력적인 것의 조화를 그 중요한 사명으로 하므로 위와 같은 작업이 신의칙의 적용례를 법정주의화하는 결과를 유발하여서는 아니 될 것이다.<sup>32)</sup>

새로운 권리를 발생시키는 과정을 보면 원래 부담하고 있는 주된 의무를 확장하여 이른바 부수의무를 창설하고 이에 상응하는 권리를 도출하는 것이다. 그리고 여기서 주된 의무를 확장하는 데 한하여 신의칙이 작용할 수 있을 뿐이므로 주된 권리와 관계없는 권리를 무로부터 창설하는 것은 아니다.<sup>33)</sup>

신의칙은 이처럼 기능상의 적용한계를 가질 뿐 아니라 다른 규범과의 관계에 있어서도 적용의 한계를 가지고 있다. 권리의 행사가 신의칙에 위배되더라도 신의칙보다 상위에 있는 민법의 기초이념에 배치되지 않는 경우에는 이러한 권리행사는 허용된다고 할 것이다. 가령 행위무능력자임을 이유로 의사표시를 취소하는 경우에 그 무능력자가 부유하여 보호할 필요가 절실하지 않은 데 반하여 이를 취소하면 상대방에게 너무 가혹하다 할 지라도 신의칙에 의하여 취소할 수 없도록 하는 것은 허용되지 않는다. 왜냐하면 무능력자제도는 소수자보호 및 구체적 타당성 보호를 위한 민법의 기초이념으로부터 인정되는 것이므로 신의칙에 우선하는 제도이기 때문이다.

또한 신의칙은 이러한 흠결보충의 국면에서만 작용하는 것은 아니다. 즉 신의칙은 단지 법관이 법을 발견함에 있어서의 지침이 될 뿐만 아니라, 아울러 법적 특별관계에 있는 자들에 대한 행위규범으로서의 의미도 가진다.<sup>34)</sup>

결국 신의성실의 원칙을 들어 법률행위의 전부 또는 일부를 무효로 볼 수는 없기 때문에, 신의성실의 원칙을 근거로 지나친 보수를 무효로 보는

31) 신의칙에 의하여 연대보증인의 책임을 일부 제한한 원심판결을 파기한 대법원 판결은 시사하는 바가 크다 할 것이다. 대판 2004.1.27, 2003다45410 참조.

32) 이영준, 전거서, 60면.

33) 이영준, 전거서, 56면, 62면.

34) 양창수 집필, 민법주해 제1권, 92면 참조.

판례의 입장은 현행법상 그 논거가 박약하다 할 것이다.<sup>35)</sup>

다. 변호사의 보수에 관한 약정은 선량한 풍속 기타 사회질서<sup>36)</sup>에 반하지 않는한 당사자 간 자유로이 합의에 의하여 정할 수 있다.<sup>37)</sup> 즉 변호사와 의뢰인 간의 보수에 관한 합의는 원칙적으로 사적 자치에 관한 문제이다. 단 예외적으로 그러한 합의가 민법 제103조 반사회적 법률행위나 제104조의 불공정한 법률행위에 해당되는 경우에는 이는 무효로 봄이 상당하다 할 것이다. 우리 법원이 신의성실의 원칙 내지는 형평의 원칙을 억지로 끌어다 궁색한 논거로 삼아 변호사 보수에 개입하여 이를 규제하는 이유는 아마 우리 나라의 변호사 보수가 다른 나라에 비하여 지나치게 높다는 것을 법원이 인정하는 반증은 아닐까. 현재 국민소득 등 우리 나라 경제사정을 고려하여 볼 때 선진제국에 비하여 변호사 보수는 상당히 과다하다 할 것이다.<sup>38)</sup> 이의 근본적 원인은 일반적으로 변호사의 공급에서 비롯된다고 할 것이다.<sup>39)</sup> 우리 나라에서는 2005년 12월말 기준으로 대한변호사협회에 등록된 변호사 수는 7,000여명(개인회원만) 정도인데, 변호사 1인당 국민수를 보더라도 우리 나라는 미국의 30배, 독일의 10배를 상회하고 있다.

결국 판례가 변호사의 과다한 보수를 규제하기 위하여 공여지책으로 신의성실의 원칙과 형평의 원칙을 논거로 삼는 이유는 충분히 공감을 갖지만, 그러한 무리한 논리의 조작보다는 근본적으로 변호사의 수를 늘려 시장의 원리에 맡김으로써 그간 공급자 중심에서 이루어진 독과점적 가격의 설정이 어렵게 되도록 하는 방법이 더욱 효율적이라 본다.

#### IV. 辯護士の 成功報酬 特約의 有效性 및 그 許容範圍

35) 동지 이창희, 변호사 보수의 적정성과 투명성, 법률가의 윤리와 책임, 2000, 259면.

36) 민법 제103조. 변호사보수기준에 관한 규칙(제3조)도 변호사의 보수는 사회통념에 비추어 현저하게 부당한 것이어서는 아니 된다고 규정하고 있었다.

37) 민법 제105조.

38) 이충상, 우리 나라와 일본의 형사실무의 차이, 형사재판의 제문제 제3권, 2000, 489-493면 참조.

39) 권오승, 변호사 보수에 관한 검토, 법과 사회 11호, 1995, 149면; 이창희, 전개 논문, 254면, 261-262면.

## 1. 序

가. 우리 나라는 변호사의 성공보수<sup>40)</sup> 특약을 원칙적으로 유효하다고 보며, 다만 그 금액이 과다한 경우에는 신의성실의 원칙에 반하여 무효라고 판시하고 있다. 아래에서는 변호사의 성공보수 특약의 유효성 여부와 만약 현재와 같이 그것의 유효성이 인정된다면 그 허용범위는 어디까지인가에 대하여 살펴보기로 한다.

나. 변호사 보수의 현실을 보면 우리 나라에서 변호사는 착수금 이외에 성공보수특약을 하고 소송에서 승소한 대가로 일정한 비율 내지 일정 금액을 성공사례비로 받고 있다. 우리 나라에서는 민·형사사건 모두에 성공보수 특약이 사용되고 있다. 근래의 한 보고서에 따르면 변호사 보수 약정 가운데 약 40%정도를 성공보수 특약으로 하고 있다고 한다.<sup>41)</sup> 성공보수 특약에 대한 평가는 나라마다 상이하다.

## 2. 比較法的 考察

### 가. 美國에서의 辯護士의 成功報酬特約

미국에서는 인신손해·채권회수·토지수용 등의 민사사건에 대해서는 원칙적으로 성공보수특약을 인정하고 있다.<sup>42)</sup> 미국의 변호사모범규칙

40) 일반적으로 '성공보수'라 함은 보수의 정도를 승소한 경우와 패소한 경우로 구분하여 차이를 두는 약정뿐 아니라 승소의 경우에만 보수를 받기로 하는 약정이나 승소할 경우 보수 대신 승소물을 변호사와 의뢰인이 분배하는 약정도 포함된다.

41) 한국소비자보호원, 변호사 법률서비스 실태와 개선방안, 1998, 15면.

42) 미국의 변호사보수체계는 시간제(hourly basis), 고정제(fixed fee basis), 성공보수제(contingent fee basis)의 세 가지가 있다. 시간제는 소송사건, 비송사건을 가리지 않고 일반적으로 사용되고, 특히 기업을 의뢰자로 하는 로펌의 경우가 이 방법을 주로 사용한다. 시간제는 변호사가 실제로 제공한 서비스에 맞는 보수를 지급한다는 의미에서는 합리적 방식이지만 사건의 진행에 따른 시간의 경과가 변호사 자신의 경제적 이득과 관련되어 있어 소송에서 변호사 자신이 적극적으로 화해를 모색할 誘因이 없기 때문에 의뢰인에게 유리한 화해조차도 할 수 없는 위험성이 있을 수 있다는 문제가 있다. 고정제는 주로 비송사건에서 사용되고, 일정액의 보수를 예납하는 방식이다. 고정제는 보수의 명확성이

(Model Rules of Professional Conduct) 1.5(c)는 변호사가 법률서비스를 제공하는 대가로서의 성공보수특약은 특별히 금지되지 않는 한 허용된다고 하면서, 1.5(b)에서 성공보수 특약이 인정되는 경우 그 특약은 반드시 서면으로 작성하도록 하고 있다.

또한 이러한 성공보수특약은 우리 나라와는 달리 사건수임시에는 전혀 보수를 받지 않다가 승소한 후 그 승소액의 일정비율을 성공보수로 받고, 패소시에는 보수를 전혀 받지 못하는 형태로 운영 되고 있다.<sup>43)</sup> 그 보수액은 일반적으로 원고가 배상받은 총액의 일정비율 내지는 원고가 배상받은 총액에서 소송비용을 제외한 순수익에 기초한다. 또한 변호사의 성공보수금 비율은 사건을 화해에 의해 종결하는 경우에는 배상액의 25%, 사건을 사실심리단계까지 수행한 경우에는 30% 정도이다.

이러한 특징을 가진 미국에서의 성공보수특약은 ① 합법적인 법적 청구권을 가지고 있으나 이를 소로 제기할 경제적 여력을 가지고 있지 않은 사람에게 그들의 정당한 권리를 실현케 하고, 특히 아직 기반이 튼튼하지 못한 젊은 변호사들에게 이러한 성공보수특약에 의하여 상당수의 고객을 확보하게 해주는 점, ② 수임한 사건에 대하여 승소하면 변호사에게 이득이 생기므로 소송을 적극적으로 행한다는 점, ③ 시간제보수금계약으로 선임된 변호사는 일의 효율성이 떨어질 수 있으나 성공보수약정을 한 변호사는 경비를 절약하고 당해 분쟁을 신속하게 처리하려는 경향을 보인다는 점 등에서 장점을 가지고 있다.<sup>44)</sup> 반면 이러한 미국의 성공보수금 체계는 변호사는 성공보수 특약을 통하여 고객인 의뢰인의 이익보다는 자신의 이익을 추구할 가능성이 높다는 것이다.

그러나 성공보수 특약은 형사사건, 가사관계사건 및 입법로비영역에서는 금지하고 성공보수 특약의 사법적 효력도 부인하고 있다.<sup>45)</sup> 왜냐하면 이러한 영역에서는 사법제도를 부패시킬 가능성이 보다 크다고 보기 때문

---

라고 하는 장점이 있지만, 변호사에게 당초 예상 이상의 노력을 하여야 할 경우가 있을 수 있고, 예상외로 간단한 사건에서는 비양심적 보수(unconscionable fee)의 문제(보수의 전부 내지 일부의 반환)도 있을 수 있다. 자세한 것은 淺香吉幹, 現代アメリカの司法, 1999, 185-188면 참조.

43) 이규호, 성공보수금계약에 관한 연구-영미법국가를 중심으로-, 연세법학연구 제6집 제1권, 1999, 335-336면.

44) 小島武司, 辯護士報酬制度の現代的課題, 1974, 208-216면; 이규호, 전계논문, 348면; 전경운, 전계논문, 214면.

45) Model Rules of Professional Conduct 1.5(d)(1)(2).

이다.<sup>46)</sup> 형사사건에 있어서는 그 보수를 지급할 재산을 창출하지 않을 뿐만 아니라 그러한 보수는 피고를 석방하기 위하여 비윤리적이고 불법적인 수단을 끌어들이는 우려가 있기 때문이다.<sup>47)</sup> 또한 가사사건에 있어서는 이혼이나 별거를 부당하게 조장하게 되고, 당사자 사이의 화해를 방해하거나 배우자 및 자녀들의 생활을 지원해야 할 자금이 변호사에게 넘어갈 가능성이 높기 때문이다. 그리고 입법로비영역에서 성공보수약정을 하게 되면 많은 사람들의 법적 권리에 영향을 미치는 영역에서 변호사가 일반공중의 희생하에 의뢰인의 이익만을 위하여 활동할 것이기 때문이다.

#### 나. 英國에서의 辯護士의 成功報酬特約

영국에서는 미국과는 달리 성공보수에 대한 규제는 연혁적으로 로마법상의 변호사보수에 대한 전통을 이어받아 법정변호인(barrister)은 법률서비스에 대하여 보수를 청구할 수 없다는 관념과 소송당사자 아닌 자가 소송비용을 대어 주거나 소송을 부추겨서 생겨나는 濫訴나 소송지연의 규제와 맞물려 있다.

영국에서는 1967년까지 소송당사자에게 소송비용을 대어주어, 소의 상대방을 괴롭힐 목적이거나 기타 정당한 訴因없는 소를 제기하게 하거나 상대방의 소송에 대한 부당한 방어행위를 하게 하는 행위를 범죄로 삼고 있었다. 당사자에게 돈을 대어주고, 나중에 승소하는 경우 받는 돈의 일부를 나누어 받는 행위, 즉 이익분배조건부 소송원조행위를 Champerty라 하는데, 성공보수는 이런 부정적 행위의 하나로 간주 되었다. 오늘날에는 사법제도의 정비 등으로 인하여 당사자 아닌 자의 소송관여도 정당한 것으로 여겨지게 되었지만, 성공보수에 대한 규제는 여전히 남아 있는데, 오늘날 성공보수를 규제하는 이유는 변호사가 사건에 직접적 이해관계를 가지게 되는 결과 증거를 조작한다든가 기타 부정행위를 저지를 가능성이 한층 높아진다는 점 및 변호사와 의뢰인 간의 이해관계의 충돌이 생긴다는 점을 들고 있다. 변호사가 소송물을 양도받거나 신탁받는 행위와 마찬가지로, 성공보수는 변호사가 자기 자신의 이익을 의뢰인의 이익보다 앞세울 가능성을 갖는다. 결국 성공보수를 규제하는 이유는 자신의 이익을 피하는 과정에서 의뢰인의 이익을 침해하게 될 것이고, 더욱이 남소의 가능성도 높아질 것이기 때문이다.

46) Peyton v. Margiotti, 398 Pa. 86(1959).

47) 강일원, 전게논문, 473면.

또한 영국은 전통적으로 변호사선임료를 지불할 자력이 없거나 부족한 사람은 폭넓은 법률구조(legal aid)를 받을 수 있었는데, 법률구조기금의 적자가 누적되면서 법률구조의 범위가 아주 협소해져 1990년부터 조건부 보수계약, 즉 특정부분에 있어 성공보수약정이 허용되기 시작하였다. 영국에서의 성공보수약정은 법률구조의 대상이 될 수 없는 사람 또는 상사협회나 소송비용보험에 의하여 보호받지 못하는 사람에게 소송을 제기할 수 있는 길을 열어주게 된다고 한다. 1990년의 ‘법원 및 법률서비스법’(Courts and Legal Services Act 1990)의 규정들을 보완하고 성공보수금약정이 적용될 수 있는 절차와 유형을 규정하는 ‘성공보수금계약에 관한 명령’(The Conditional Fee Agreements Order 1995)이 1995년 제정되었다. 이 명령에서는 대인법익침해사건, 도산사건 그리고 유럽인권위원회 및 유럽인권법원에서 제기된 절차에 한하여 성공보수약정을 허용하고 있으며, 또한 성공보수금의 최대한도를 통상적으로 정산한 사무변호사(solicitor) 비용의 100%로 제한하고 있다. 즉 사무변호사가 통상적으로 받는 보수와 승소조건부 사례금의 최대한을 합치면 사무변호사가 받는 통상적인 보수의 2배에 해당하게 되는 것이다.<sup>48)</sup>

#### 다. 獨逸에서의 辯護士의 成功報酬特約

독일에서는 변호사의 보수기준은 연방변호사보수법(Bundesgebührenordnung für Rechtsanwälte v. 26. 7. 1957: BRAGO)에 상세히 규정되어 있는데, 변호사보수 산정의 구체적인 방법과 절차 등이 상세하게 규정되어 있다. 동 법률이 정하고 있는 변호사보수기준은 최저액을 의미하며, 기준액을 초과하는 보수약정은 반드시 서면으로 작성되어야 한다.<sup>49)</sup> 그리고 약정된 보수액이 부당하게 높은 경우에는 법원은 적당한 금액으로 감정할 수 있다.<sup>50)</sup> 성공보수 특약에 대해서는 비용법적 규정의 변경과 보충에 관한 법(Gesetz zur Änderung und Ergänzung kostenrechtlicher Vorschriften v. 26. Juli. 1957) 제9조 제1항 제2문에서 변호사의 성공보수약정을 명문으로 금지하고 있다.<sup>51)</sup> 즉 소송에서 승리한 경우에만 보수를 지급하거나 소송승리의 일정부분에 참여하는 합의는 성

48) 이규호, 전게논문, 340-347면.

49) Rosenberg/Schwab/Gottwald, Zivilprozeßrecht, 15, Aufl., 1993, S. 150.

50) §3 Abs. 3 BRAGO.

51) Rosenberg/Schwab/Gottwald, Zivilprozeßrecht, a.a.O., S. 150.

공보수약정으로서 허용되지 않고 무효이다라고 명문으로 규정하고 있다.

또한 독일에서는 변호사의 성공보수약정이 독일민법 제138조 제1항(양속위반의 법률행위)에 의하여 무효라고 보고 있다. 이는 제국법원으로 거슬러 올라가는데, 제국법원은 변호사의 성공보수특약은 독일민법 제138조 제1항에 의하여 무효라고 하면서, 어떤 계약이 양속에 반하는지의 여부는 당사자의 직업과 신분 등을 고려해서 판단해야 하는데, 법질서의 유지에 협력하는 것을 직업으로 하는 변호사는 통상인보다 엄격하게 기준을 설정해야 하며, 변호사의 성공보수약정은 형평 또는 법의 정의에 반하기 때문에 일반인의 사고와도 모순된다고 하면서, 비정상적으로 높은 고액의 보수를 약정하는 것은 변호사가 의뢰인과의 종속관계를 이용하여 의뢰인을 일종의 강박상태에 놓고 체결한 것이므로 보다 엄격한 기준에 의하면 형평 또는 정의와 일반인의 법감정에 모순되므로 선량한 풍속에 위반되어 무효라고 하였다.<sup>52)</sup> 소송의 일정부분에 대한 약속은 양속에 반하는 계약으로서 무효라는 입장은 이후의 제국대법원의 판결<sup>53)</sup>과 연방대법원 판결<sup>54)</sup>에서도 계속되었다. 특히 연방대법원은 변호사가 성공보수특약을 하게 되면 소송과정에서 변호사의 경제적 이익으로 인하여 변호사의 독립성이 침해되며, 법집행기관으로서의 지위가 침해되기 때문이라고 한다.<sup>55)</sup>

#### 라. 日本에서의 辯護士の 成功報酬特約

일본에는 변호사법에 기초하여 변호사회가 변호사보수에 관한 표준을 정한 규정을 두고 있었지만 2003년에 폐지되어 현재는 이에 관한 규정이 없다. 폐지된 변호사보수규정에는 형사사건이나 민사사건 모두에 착수금 이외에 변론 결과에 따른 보수기준을 제시하고 있었다. 이 규정에서 정하고 있는 보수기준 중 형사사건에 관한 부분을 보면, 무죄나 집행유예가 선고된 경우 또는 구형보다 형이 감경된 경우에 보수기준을 각각 달리 규정하고 있어, 위 규정에서 정하고 있는 보수는 곧 성공보수를 의미하는 것이었다.<sup>56)</sup>

52) RGZ 83. 110.

53) RGZ 115. 141; RGZ 142. 70.

54) BGHZ 22. 162; BGHZ 34. 64; BGHZ 39. 142; BGHZ 51. 290.

55) 독일에 있어서 변호사성공보수규제에 대한 연혁적 고찰은 이청조·김진기·정인경, 독일변호사의 성공보수규제에 관한 법리, 동아논총 제35집, 1998, 173-178면 참조.

56) 田辺照雄, 報酬等基準規定改正條項の説明と今後の課題, 自由と正義 36권1호,

이와 같은 과거의 일본의 변호사보수에 관한 법령의 규정과 변호사보수에 있어 착수금과 성공보수라고 하는 이원체계<sup>57)</sup>만을 놓고 보면 우리나라와 매우 유사하지만, 그 실질은 상당한 차이가 있다.<sup>58)</sup> 그 이유는 일본에서는 대다수의 피고인이 국선변호인의 조력을 받아 재판에 임하고 있으며, 사선변호인을 선임하는 경우에도 그 보수기준<sup>59)</sup>은 상당히 낮기 때문이다.<sup>60)</sup>

## 마. 기타

소송비용부담제도와 관련하여, 영국처럼 패소자가 승소자의 변호사비용을 부담하는 제도하에서는 성공보수가 없다 하더라도 정당한 권리가 있는 사람은 자기 권리를 주장할 수 있을 것이다. 또한 패소시 상대방 당사자의 변호사비용을 부담하여야 하기 때문에 제소율이 상대적으로 낮을 것이다. 미국에서는 승패에 관계없이 각 당사자가 자기 변호사의 보수를 부담함이 원칙이다. 이 경우에는 성공보수제도가 없다면 돈없는 사람은 자기 권리를 찾을 길이 없게 된다. 이러하듯 성공보수금은 의뢰인의 이익을 성실하게 대변하여야 할 변호사의 경제적 유인에 영향을 미치고, 제소율에도 영향을 미친다.<sup>61)</sup>

우리 나라에서는 변호사보수를 포함한 소송비용을 패소자가 부담함이 원칙이지만, 소송비용으로 인정되는 변호사 보수의 범위는 실제로 지급된 보수가 아니라 법원이 정한 일정 기준에 그치고, 이 기준은 실제 보수에 훨씬 못 미치는 것이 일반적이다.<sup>62)</sup>

## 3. 檢討

가. 성공보수특약의 유효성 및 그 허용범위를 논하는 이유는 ‘독립적

1985, 21면; 日辯聯調査室編著, 辯護士報酬規定コメンタール, 1988 참조.

57) 일본에서의 변호사 보수의 현황에 대해서는 田中紘三, 전게논문, 307면 이하; 塚原英治, 전게논문, 317면 이하 참조.

58) 加藤新太郎, 전게논문, 259면 이하 참조.

59) 현재 일본에서의 변호사보수의 실태에 대해서는 田中紘三, 전게논문, 312-313면 참조.

60) 강일원, 전게논문, 470면; 이충상, 전게논문, 488-493면 참조.

61) 이규호, 전게논문, 338-339면 참조.

62) 변호사보수의소송비용산입에관한규칙, 민사소송규칙 등 참조.

사법기관'으로서의 변호사가 수임사건의 공정한 수행 이외의 다른 요인에 의해 지배되어서는 아니되기 때문이다. 의뢰인과 그의 이익으로부터 변호사의 독립성은 보장되어야 하며, 성공보수의 합의는 이러한 독립성을 필연적으로 침해하게 될 것이고, 변호사의 보수와 승소하려는 의뢰인의 이익이 '성공보수'의 형태로 서로 얽힌다면 변호사는 성공보수를 받기 위하여 독립한 사법기관으로서 지켜야 할 한계를 위반할 위험성이 있다. 즉 자기의 경제적 이익을 위하여 법률지식을 악용하여 수단과 방법을 가리지 않고 패소할 사건을 승소시키려 정의의 실현을 방해할 수 있을 것이다. 따라서 승소 불가능한 사건의 수임, 과다 수임료, 브로커의 개입, 승소를 위한 간계 등과 같은 여러 가지 병폐들이 나타나고 있고 더욱 심각해 질 수 있다.<sup>63)</sup>

나. 독립적 사법기관인 동시에 의뢰인의 이익대변자이자 법적 조력자인 변호사의 두 역할 사이의 긴장관계는 성공보수에 의해 균형을 잃게 될 것이고, 변호사는 업무수행에 있어 원칙적으로 고려되어서는 아니되는 상거래적 사고에 의해 크게 좌우될 것이다.<sup>64)</sup> 따라서 성공보수는 예외적으로 한정된 경우에만 허용됨이 마땅하다 할 것이다.<sup>65)</sup>

형사사건에 있어 변호사의 성공보수 특약은 원칙적으로 무효로 보아야 한다. 왜냐하면 변호사는 독립적 사법기관으로서 수임사건의 공정한 수행 이외의 다른 요인에 의해 지배되어서는 아니되고, 의뢰인과 그의 이익으로부터 변호사는 독립성을 유지하여야 하며, 성공보수 특약은 이러한 변호사의 독립성을 필연적으로 침해하게 될 것이기 때문이다.

63) 호문혁, 전계논문, 232-236면 참조.

64) 한수웅, 독일의 변호사보수, 법과 사회 11호, 1995, 125면 참조.

65) 학설은 기본적 인권의 옹호와 사회정의의 실현을 사명으로 하고 있는 변호사가 성공보수를 받을 수 있도록 하면, 변호사가 법의 실현을 위해 노력하지 아니하고 의뢰인의 이익만을 대변할 우려가 있으므로, 변호사의 독립성과 객관성을 유지하기 위하여는 원칙적으로 성공보수 약정을 허용하여서는 안된다는 견해(권오승, 변호사의 성공보수, 민사판례연구XVI, 1994, 175면; 이청조, 변호사의 보수에 관한 법리, 동아법학 20호, 1996, 207면, 217면)와 다만 소송을 수행할 만한 경제력이 없어서 권리를 실현하지 못하고 있는 의뢰인을 위하여 민사소송에 한하여 변호사가 자기의 비용으로 소송을 수행한 뒤에 그 소송에 의하여 얻은 경제적 이익 중에서 그 비용과 보수를 돌려받는 성공보수는 예외적으로 인정할 필요가 있다(권오승, 변호사보수에 관한 검토, 150면)는 견해도 있다.

한편 현실적으로 변호사에게 성공보수를 인정하여도 무방한 민사사건의 경우에는 원칙적으로 성공보수를 인정하되, 그 범위는 상당한 범위를 넘지 않도록 하는 것이 타당할 것이다. 특히 민사사건 중에서도 가사사건에 대한 성공보수 특약에 대하여는 이혼이나 별거를 부당하게 조장할 개연성과 당사자 사이의 화해를 방해하거나 배우자 및 자녀들의 생활을 지원하여야 할 자금이 변호사에게 넘어갈 가능성이 높기 때문에 성공보수 특약을 금지하고 그 사법적 효력까지도 금지함이 합당할 것이다.<sup>66)</sup>

## V. 結論에 갈음하여

1. 변호사의 보수문제는 소송문제전반, 국가의 사법제도, 변호사의 지위, 변호사윤리 그리고 변호과오소송 등과도 관련 있는 복잡하고 지난한 문제이다. 본고에서는 변호사 보수의 상당성 문제와 소위 성공보수특약의 유효성 및 그 허용범위 등에 대하여 “변호사는 공공성을 지닌 법률전문가로서 국민의 기본적 인권을 옹호하고 사회정의를 실현하며 사회질서 유지 및 법률제도의 개선에 노력하여야 할 책무가 있다”라는 관점에서 고찰하였다. 다음과 같이 정리하며 결론에 갈음하고자 한다.

2. 변호사의 보수에 관한 약정은 선량한 풍속 기타 사회질서에 반하지 않는한 당사자 간 자유로이 합의에 의하여 정할 수 있다. 즉 변호사와 의뢰인 간의 보수에 관한 합의는 원칙적으로 사적 자치에 관한 문제이다. 단 예외적으로 그러한 합의가 민법 제103조 반사회적 법률행위나 제104조의 불공정한 법률행위에 해당되는 경우에는 이는 무효로 봄이 상당하다 할 것이다. 판례가 변호사의 과도한 보수를 규제하기 위하여 공여지책으로 신의성실의 원칙과 형평의 원칙을 논거로 삼는 이유는 충분히 공감을 갖지만, 그러한 무리한 논리의 조작보다는 근본적으로 변호사의 수를 늘려 시장의 원리에 맡김으로써 그간 공급자 중심에서 이루어진 독과점적 가격의 설정이 어렵게 되도록 하는 방법이 더욱 효율적이라 본다.

3. 성공보수 특약은 다른 모든 보수와 마찬가지로 합리적인 범위를 벗

66) 이에 대하여 혼인의 존속여부는 당사자들의 사적 자치의 문제이기 때문에 성공보수를 허용하자는 견해도 있다. 이창희, 전제논문, 268면 참조.

어나서는 아니된다. 성공보수는 의뢰인이 적절한 사법적 구제를 받을 수 있는 가능성을 침해할 우려가 있다.

형사사건의 경우에 기본적 인권의 옹호와 사회정의의 실현을 사명으로 하고 있는 변호사에게 보수의 이중적 지급 내지 성공보수를 인정한다는 것은 재고의 여지가 충분히 있다. 왜냐하면 변호사가 성공보수를 받게 되면 그는 사회 정의의 실현과 변호사 직무의 독립성과 객관성을 유지하기 보다는 의뢰인의 이익 나아가 변호사 자신의 이익을 추구할 것이기 때문이다. 피의자나 피고인의 입장에서는 인신의 자유란 그 무엇보다도 중요한 것이기 때문에, 민사사건에서와 같이 시간을 두고 어느 변호사가 같은 노무를 가장 싼 값에 제공할 것인가를 따질 여유가 없게 마련이므로, 형사사건에 관한 한 법률시장은 시장의 실패를 보이게 마련이다. 따라서 형사사건의 변호사 보수는 변호사가 제공하는 노무의 가치와 무관하게 책정되는 것이다. 이런 식의 보수가말로 의뢰인의 궁박한 사정을 이용한 불공정한 계약의 전형일 수 있다. 민사사건에서는 돈 없는 사람의 권리구제 측면에서 성공보수제도의 필요성을 받아들일 수도 있으나, 형사사건에서는 성공보수 제도를 없앴다고 해서 무고한 피의자가 형벌을 받는 결과가 생겨나는 것도 아니다. 결국 공공성을 지닌 법률전문직으로서 국민의 기본적 인권을 옹호하고 사회정의를 실현하여야 할 변호사의 직업상 책무를 고려할 때,<sup>67)</sup> 형사사건에서는 성공보수제도를 인정하지 않음이 마땅하고, 그런 계약의 사법적 효력도 부인하여야 할 것이다.

이러한 변호사의 성공보수 관행은 변호사의 자격제한과 무관하지 않다. 변호사에 대하여 독과점적 지위를 보장해 준 당연한 귀결이다. 변호사 지위의 독과점적 지위를 그대로 유지한 채 보수에 대하여만 적정성을 논하는 것은 무의미한 일일 것이다. 변호사의 수가 제한되어 있는 작금의 현실에서는, 각 변호사 개인의 실력보다는 변호사 자격 그 자체가 변호사 보수를 정하는 획일적 기준이 될 터이고, 더욱이 보수의 평준화 현상을 보일 것이다.

한편 현실적으로 변호사에게 성공보수를 인정하여도 무방한 민사사건의 경우에는 원칙적으로 성공보수 특약을 인정하되, 그 범위는 상당한 범위를 넘지 않도록 하는 것이 타당할 것이다. 그러나 민사사건 중에서도 가사사건에 대하여는 이혼이나 별거를 부당하게 조장할 개연성과 당사자 사이의 화해를 방해하거나 배우자 및 자녀들의 생활을 지원하여야 할 자

67) 변호사법 제1조 내지 제2조 참조.

금이 변호사에게 넘어갈 가능성이 높기 때문에 성공보수 특약을 금지하고 그 사법적 효력까지도 금지함이 합당할 것이다.

## 참 고 문 헌

- 고상룡, 민법총칙, 1999  
 곽윤직, 민법총칙, 2002  
 강일원, 사법개혁추진위원회의 형사사법개선방안, 형사재판의 제문제 제3권, 2000  
 김일수, 변호인은 사법기관인가, 고시연구 1984.  
 김천수, 한국의 변호사책임론, 변호사책임론(한림과학원총서55), 1996  
 권오승, 변호사 보수에 관한 검토, 법과 사회 11호, 1995  
 ———, 변호사의 성공보수, 민사판례연구 X VI, 1994  
 배성호, 변호사의 민사책임에 관한 연구, 영남대학교 박사학위논문, 2001  
 주석민법 채권각칙(8), 2000  
 이규호, 성공보수금계약에 관한 연구-영미법국가를 중심으로-, 연세법학연구 제6집 제1권, 1999  
 이상욱·배성호, 변호사책임과 제3자-특히 부당소송, 부당집행, 명예훼손을 중심으로, 영남법학 제6권 제1·2호, 2000  
 이영준, 민법총칙[한국민법론 I], 2005  
 이창희, 변호사 보수의 적정성과 투명성, 법률가의 윤리와 책임, 2000  
 이충상, 우리 나라와 일본의 형사실무의 차이, 형사재판의 제문제 제3권, 2000  
 이청조·김진기·정인경, 독일변호사의 성공보수규제에 관한 법리, 동아논총 제35집, 1998  
 조희종, 한국의 변호사, 1995  
 전경운, 변호사의 성공보수약정, 민사법학 제25호, 2004  
 정성식, 법률가상의 변천: 전통과 근대, 법률가의 윤리와 책임, 2000  
 ———, 한말법령체계분석, 1991  
 ———, 한말법률기초기관에 관한 소고, 한국법사학논총[박병호교수환갑기념 논문집 II], 1991  
 최병조, 로마법상 법률가의 윤리, 법률가의 윤리와 책임, 2000  
 호문혁, 송무변호사의 윤리와 책임, 법률가의 윤리와 책임, 2000  
 현승중·조규창, 로마법, 1996

- 한국소비자보호원, 변호사 법률서비스 실태와 개선방안, 1998  
한수웅, 독일의 변호사보수, 법과 사회 11호, 1995  
田中紘三, 辯護士報酬: 新しい時代の報酬のあり方, 護士の役割と倫理, 2004  
塚原英治, 報酬及び依頼者との金銭關係, 塚原英治・宮川光治・宮澤節生 編著,  
法曹の倫理と責任(上)(補訂版), 2005  
加藤新太郎, 辯護士報酬をめぐる紛争, 辯護士役割論[新版], 2000  
浅香吉幹, 現代アメリカの司法, 1999  
小島武司, 辯護士報酬制度の現代的課題, 1974  
田辺照雄, 報酬等基準規定改正條項の説明と今後の課題, 自由と正義 36卷1号,  
1985  
日辯聯調査室編著, 辯護士報酬規定コメンタール, 1988  
Rosenberg/Schwab/Gottwald, Zivilprozeßrecht, 15, Aufl., 1993

저자약력 : 저자는 영남대학교 법과대학에서 수학하고, 동대학원에서 “변호사의 민사책임에 관한 연구”라는 주제로 박사학위를 취득하였으며, 일본 오사카대학에서 연구를 하였고, 천안대학교 법정학부 교수를 역임하였으며, 현재는 영남대학교 법과대학 교수로 재직 중이다.