

제3자가 지급하는 변호사보수의 소송비용 산입여부

- 대법원 2020. 4. 24.자 2019마6990 결정을 소재로 -

곽 승 구*

〈국문초록〉

최근 대법원 2020. 4. 24.자 2019마6990 결정은, 소송당사자가 아닌 제3자가 지급하는 변호사보수의 소송비용 산입에 관하여 중요한 판시를 했다. 즉 소송비용에 산입되는 변호사의 보수에는 당사자가 보수계약에 의하여 현실적으로 지급한 것뿐만 아니라 사후에 지급하기로 약정한 것까지 포함되고, 제3자가 지급한 경우에도 당사자가 지급한 것과 동일하다고 볼 수 있는 사정이 인정되면 소송비용에 산입되는 변호사보수로 인정할 수 있다는 취지이다. 아울러 만약 산입을 하지 않는다면, 변호사가 소송당사자를 대리하여 실질적 소송행위를 하였고 그 결과 패소자가 소송비용을 부담하도록 하는 재판이 확정되었음에도 불구하고, 소송당사자는 물론 변호사보수를 지급한 제3자도 변호사보수를 상환받지 못하는 반면, 패소자는 그 상환의무를 면하게 되어 불합리하다고 하였다.

위 결정은 변호사보수의 원칙적 유상성에 관한 기존 판례의 취지를 재확인하였고, 소송비용의 패소자부담주의와 그에 따른 판결 주문의 기재에도 불구하고 패소한 당사자가 소송비용액 상환의무를 면하는 불합리한 결과 초래를 막았으며, 갖가지 사유로 소송당사자 아닌 제3자로부터 변호사보수를 지급받고 혹은 지급받기로 하고 소송대리를 하는 송무현실을 충실히 반영하였다는 점, 아울러 향후 소송비용액 확정실무의 가이드라인을 제시했다는 점에서 그 의의를 찾을 수 있다.

주제어 : 변호사보수, 착수금, 성공보수, 소송비용, 각자부담주의, 패소자부담주의

• 투고일 : 2021.3.31. / 심사일 : 2021.4.20. / 게재확정일 : 2021.4.20.

I. 서론

필자가 법률상담을 할 때 의뢰인으로부터 한번 이상 듣는 말이 있다. 만약 소송에서 이기면 변호사보수를 상대방으로부터 전부 받아낼 수 있는지 여부가 그것이다. 이 경우 필자는, 소송에서 우리가 다 이기고 소송비용은 상대방이 부담한다고 판결 주문에 기재되어 있으면 받을 수 있다, 받더라도 의뢰인이 지

* 법학박사, 변호사

불한 변호사보수 전부를 받아낼 수 있는 것이 아니라 소가에 따라 대법원 규칙에서 정한 부분만큼만 받아낼 수 있다, 이를 위해서는 판결이 확정된 후 소송비용액 확정신청을 해야 한다, 위 신청에서 변호사보수 지급에 대한 소명자료로 전자세금계산서, 사건위임계약서 등을 제출하고 있다는 점 등 소송비용액 확정신청에 관한 대강의 절차를 설명하고 있다.

그런데 막상 승소판결이 확정된 후 소송비용액 확정절차를 진행하려 하면 조금 애매한 경우들이 있다. 그 중 하나가 바로 변호사보수 지급의 주체와 소송 당사자가 서로 일치하지 않는 경우이다. 그 원인은 매우 다양하다. 예컨대 부모나 배우자가 변호사보수를 대신 지급해주시고도 하고, 채무자가 변제의 방법으로 채권자의 변호사보수를 지급해주시고도 하며, 업무처리 과정에서 발생한 분쟁에 대하여 회사가 직원을 대신하여 변호사를 선임해주고 보수를 지급하기도 하고, 또는 보험회사가 피보험자의 변호사보수를 지급해주시고도 한다. 변호사사무실에서는 보수를 지급해준 자에게 전자세금계산서를 발행해준다. 이러한 경우 대체로 소송위임장에 위임인으로 기재된 소송 당사자와, 계좌거래내역의 송금인, 전자세금계산서의 공급받는자, 사건위임계약서의 위임인은 서로 다를 수밖에 없다. 그리고 소송비용액 확정절차에서 최고서를 송달받은 상대방은 소송당사자가 변호사보수를 지급한 것이 아니어서 소송비용을 부담할 수 없다고 다투는 경우가 대부분이다.

변호사보수의 소송비용 산입과 관련된 우리 법규를 살펴보면, 민사소송법¹⁾ 제98조 이하에서 패소자부담의 원칙과 그 예외를, 법 제104조에서 각 심급의 소송비용의 재판을 하여야 함을, 법 제109조에서 변호사 보수를 소송비용으로 인정함을, 그리고 변호사보수의 소송비용 산입에 관한 규칙²⁾에서 소송비용에 산입할 변호사보수의 기준을 정하고 있음을 알 수 있다. 그러나 위 법규정들만으로는 변호사보수와 관련된 실무 사안을 전반을 규율할 수 없어, 다양한 해석론과 판례가 등장하고 있는데, 최근 대법원 2020. 4. 24.자 2019마6990 결정(이하 ‘대상결정’이라고 축약함)은 소송당사자가 아닌 제3자가 지급하는 변호사보수의 소송비용 산입에 관하여 중요한 판시를 했다. 즉 소송비용에 산입되는 변호사의 보수에는 당사자가 보수계약에 의하여 현실적으로 지급한 것뿐만 아니라 사후에 지급하기로 약정한 것까지 포함되고, 제3자가 지급한 경우에도 당사자가 지급한 것과 동일하다고 볼 수 있는 사정이 인정되면 소송비용에 산입되는

1) 이하 본고에서 민사소송법은 법명을 생략하고, 간략히 ‘법’이라고만 한다.

2) 이하 본고에서 ‘변호사보수의 소송비용 산입에 관한 규칙’을 간략히 ‘변호사보수규칙’이라고만 한다.

변호사보수로 인정할 수 있다는 취지이다. 비록 전원합의체 판결이 아니고 또 유사한 취지의 기존 결정례도 존재하지만, 대상결정은 변호사보수 지급의 주체와 소송 상 당사자가 일치하지 않는 실무의 여러 사례에서 패소자부담의 원칙에 따른 변호사보수의 소송비용 산입에 관한 선례를 남긴 점에서 의의가 크다고 생각한다. 이에 본 글에서는 우선 대상결정의 개요에 대해 살펴보고(아래 II. 부분), 변호사의 지위와 외국의 입법례를 고려한 보수결정방식, 변호사보수 부담에 관한 입법주의, 우리나라 법규 정비의 연혁, 변호사보수의 소송비용 산입에 관한 현행 제 규정들을 차례로 검토한 후, 대상결정의 타당성에 대한 검토를 하고자 한다(아래 III. 부분).

II. 대상결정의 개요

1. 사실관계

乙신탁회사는 2015. 4.경 丙회사 외 3인과 사이에 건물신축 및 분양을 목적으로 하는 관리형토지신탁계약(이하 ‘이 사건 신탁계약’이라고만 함)을 체결하였다. 한편 甲 및 선정자들은 丙회사를 상대로 위 사업과 관련된 각 계약해지 반환금에 대한 지급명령을 신청하였는데, 丙회사가 이의하지 않아 그대로 확정되었다.³⁾ 이후 甲 및 선정자들은 2015. 8.경 위 집행력 있는 확정된 지급명령에 기초하여, 이 사건 신탁계약에 의해 乙신탁회사가 丙회사에게 지급할 일체의 신탁수익원본 및 동 원본에 의해 발생하는 수익금 중 甲 및 선정자들의 청구채권에 이르는 금액(이하 ‘이 사건 전부채권’이라고만 함)에 대한 채권압류 및 전부명령을 받았고,⁴⁾ 이는 2015. 10. 9. 확정되었다.

그 후 甲 및 선정자들은 2016. 11. 乙신탁회사를 상대로 위 전부금의 지급을 구하는 소를 제기하였다.⁵⁾ 이 소송의 피고 乙신탁회사의 소송대리인으로 丁법무법인이 선임되어 소송을 수행하였다. 그런데 그 소송대리인 선임 과정에서는, 이 사건 신탁계약 중 수탁자는 신탁자산에 관한 소송행위를 할 의무를 지지 않는다는 내용에 따라, 위탁자인 丙회사가 나서서 乙신탁회사의 소송대리인을 대신 선임해주었다. 즉 丙회사는 피고 乙신탁회사의 소송대리인으로 丁법무

3) 서울북부지방법원 2015차3340 결정.

4) 서울중앙지방법원 2015타채18366 결정.

5) 서울북부지방법원 2018. 4. 27. 선고 2016가단39382 판결.

법인과 소송위임계약을 체결하면서 丁법무법인에게 소액의 착수금을 지급했고, 후에 승소판결을 받으면 법원의 소송비용액 확정결정을 받아 丁법무법인이 원고로부터 소송비용을 지급받기로 정한 것이었다.

위 전부금 소송에서 법원은 丙회사와 乙신탁회사 사이에 신탁계약이 유지되고 있고 신탁원본의 분양이 완료되지 아니하여 이 사건 전부채권의 이행기가 도래하지 아니하였으므로 이는 장래이행의 소에 해당하는데, 분양완료 후 정산 절차를 거쳐야 丙회사에 지급할 채권액을 확정할 수 있고, 그 전에는 甲 청구의 인용여부를 판단하거나 채권액의 액수를 산정할 수 없는 점, 장래 정산 후 丙회사에게 지급할 수익금이 있는 경우에만 乙신탁회사가 甲에게 전부금을 지급할 수 없다고 다투는 것이 아니어서 임의이행을 기대하기 어려운 사정이 있다고 보기 어려운 점, 丙회사가 가까운 장래에 파산신청을 하고 부인권을 행사하더라도 그 내용 자체로 임의이행을 기대할 수 없는 경우에 해당하지 않는 점 등을 근거로, 甲 및 선정자들의 청구에 미리 청구할 필요가 인정되지 않는다고 하여, 소를 부적법 각하하였고, 이 판결은 2018. 5. 17. 확정되었다.

그 후 丁법무법인은 乙신탁회사를 대리하여 2018. 6. 甲을 상대로 소송비용액 확정신청을 했다.

2. 소송경과 및 법원의 판단

1) 제1심(서울북부지방법원 2018. 10. 17.자 2018카합10372 결정)

乙신탁회사는 신청서에서 위 전부금 사건의 변호사비용으로 5,100,000원을 지급받았다는 취지의 영수증을 제출하였는데, 이에 대해 甲이 乙신탁회사의 소송위임계약에 대해 다투면서 변호사보수를 지급한 객관적인 자료의 제출을 요구하였다.⁶⁾ 그런데 乙신탁회사는 이 사건 신탁계약서의 내용에 따라 위탁자 丙회사 명의의 세금계산서를 발행하므로 세금계산서를 제출할 수 없다는 취지의 답변을 하였다.

제1심은, 위 확정된 전부금 판결의 주문에서 ‘소송비용은 원고가 부담한다.’라고 되어 있으므로, 구 변호사보수의 소송비용 산입에 관한 규칙(이하 ‘보수 규칙’이라 약칭함) [별표] 기준에 따라 위 영수증의 기재와 같이 甲이 乙신탁

6) 변호사보수 지급에 대한 객관적 증빙자료로, 과거에는 변호사사무실이 발행한 영수증을 제출하기도 하였고, 법원 역시 이를 비용액 소명 서면으로 인정하였다(소송비용실무연구회, 「소송비용실무」, 사법발전재단, 2015, 113면). 그러나 현재의 소송실무에서는 주로 전자세금계산서를 제출하고 있다.

회사에 상환해야 할 소송비용액으로서 5,100,000원을 결정하였다. 이에 대해 甲은 제1심에서 乙신탁회사의 소송대리인 丁법무법인 담당변호사가 허위의 영수증을 제출하여 소송사기를 하였다고 주장하며 담당변호사를 형사고소함과 동시에 위 제1심 결정에 대해 즉시항고하였다.

2) 항고심(서울북부지방법원 2019. 11. 28.자 2018라1132 결정)

乙신탁회사는 변호사보수를 이미 지급하였다는 제1심에서의 주장과 달리, 항소심에 이르러 보정서를 제출하면서 ‘이 사건 신탁계약 중 수탁자는 신탁자산에 관한 소송행위를 할 의무를 지지 않는다는 내용에 따라, 위탁자인 丙회사가 나서서 乙신탁회사의 소송대리인을 대신 선임해준 점, 즉 丙회사는 피고 乙신탁회사의 소송대리인으로 丁법무법인과 소송위임계약을 체결하면서 丁법무법인에게 소액의 착수금을 지급했고, 후에 승소판결을 받으면 법원의 소송비용액 확정결정을 받아 丁법무법인이 원고로부터 소송비용을 지급받기로 정한 점’의 주장을 하였다.

항고심은, 제1심에서 乙신탁회사가 법원에 제출한 영수증은 허위로 보이는 점, 위탁자인 丙회사의 사실확인서만으로 위 신탁관계에 따른 변호사보수 지급약정을 인정하기에 부족한 점을 근거로, 丙회사와 丁법무법인 사이에 변호사보수에 관하여 乙신탁회사가 주장하는 내용의 구두계약이 있었다는 사실을 인정하지 않았다. 아울러 그러한 구두계약이 존재한다고 보고 그 내용에 의하더라도, 丁법무법인은 甲으로부터 보수를 임의지급 받거나 또는 甲의 재산에 대해 강제집행을 통해 장차 회수할 수 있을 뿐인데, 만약 甲으로부터 돈을 전혀 지급받지 못한다 하더라도 丁법무법인은 乙신탁회사에게서 보수를 지급받을 수 없는 것으로 보이므로, 이는 보수규칙 상 ‘당사자가 보수계약에 의하여 지급한 또는 지급할 보수액’이라 보기 어려운 측면이 있다고 보았다. 그리고 위 구두계약에 의한 금액 자체가 불확실하여 액수를 산정할 수 없고 경우에 따라서는 0원일 가능성을 배제할 수 없다고 하며, 甲이 乙신탁회사에 지급하여야 할 소송비용액을 0원으로 확정하였다. 이 결정에 대해 乙신탁회사가 재항고하였다.

3) 재항고심(대상결정, 대법원 2020. 4. 24.자 2019마6990 결정)

대법원은, ① 소송비용에 산입되는 변호사의 보수에는 당사자가 보수계약에 의하여 현실적으로 지급한 것뿐만 아니라 사후에 지급하기로 약정한 것까지 포함되고(대법원 2005. 4. 30.자 2004마1055 결정 등 참조), 제3자가 지급한 경우에도 당사자가 지급한 것과 동일하다고 볼 수 있는 사정이 인정되면 소송비

용에 산입되는 변호사보수로 인정할 수 있는 점, ② 丙회사가 전부금 소송을 대리한 丁법무법인에 대해 변호사보수를 지급하기로 약정한 것은 이 사건 신탁계약에 따른 것이므로, 丙회사가 丁법무법인에 지급하기로 한 변호사보수는 소송당사자인 乙신탁회사가 지급하는 것과 동일하다고 볼 수 있으므로 소송비용으로 인정되어야 하는 점, ③ 이 사건 소송비용액 확정절차에서 보수규칙에 의해 결정되는 변호사보수는 위 보수약정에 따라 丁법무법인에 지급될 보수액으로서 甲이 乙신탁회사에게 상환하여야 할 소송비용에 산입된다고 보아야 하는 점, ④ 만약 원심처럼 보면, 전부금 소송에서 乙신탁회사의 소송대리인으로 선임된 丁법무법인이 乙신탁회사를 위해 실질적인 소송행위를 하였고, 그 결과 甲으로 하여금 소송비용을 부담하도록 하는 재판이 확정되었음에도 불구하고, 丙회사는 물론이고 乙신탁회사도 변호사보수를 상환받지 못하고, 甲은 그 상환의무를 면하게 되는 불합리한 결과가 발생하는 점을 들며, 원심결정을 파기한 후 사건을 다시 원심법원에 환송하였다.

Ⅲ. 대상결정의 검토

1. 문제점

대상결정의 타당성을 검토하기 위해서는, 실무에서 변호사보수가 어떻게 결정되어 지급되고 있는지, 그리고 변호사보수를 소송비용에 산입시키는 이유 등에 대한 선행연구가 필요할 것이다. 구체적으로 변호사가 공공성을 지닌 준사법기관으로서의 성격을 지니는가 아니면 상인으로서의 성격을 지니는가에 따른 보수결정방식의 차이, 이를 반영한 현행 변호사보수의 구조, 외국의 입법례에 대한 검토가 필요하고, 소송의 결과에 따라 변호사보수를 패소자에게 부담시킬 것인가 아니면 각자부담할 것인가에 관한 입법주의, 외국의 입법례, 우리나라 변호사보수의 소송비용 산입에 관한 근거규정 및 절차에 대한 검토가 필요할 것이다.

2. 변호사보수 체계

1) 변호사의 지위에 따른 보수결정방식

(1) 변호사와 의뢰인 사이의 법률관계는 일반적으로 위임계약관계로 본다.⁷⁾ 아울러 무보수의 특약이 없는 한 원칙적으로 유상(有償)으로 본다.⁸⁾ 이러한 위임계약은 변호사가 의뢰인으로부터 일정한 보수를 지급받고 전문능력을 발휘하여 법률업무를 수행하기로 하는 청약과 승낙의 의사표시의 합치로 이루어진다.⁹⁾ 즉 변호사보수는 변호사와 의뢰인 사이의 계약내용에 의해 정해지지만, 원칙적으로 계약당사자들이 자유롭게 정할 수 있다.

(2) 그런데 변호사는 일반 상인과는 달리 공공성을 지닌다. 변호사법도 “변호사는 기본적 인권을 옹호하고 사회정의를 실현함을 사명으로 한다(제1조 제1항).”, “변호사는 공공성을 지닌 법률전문직으로서 독립하여 자유롭게 그 직무를 수행한다(제2조).”고 규정하여 변호사 업무의 공공성과 직무수행의 독립성을 지닌 준사법기관으로서의 지위를 보장하고 있다. 실제로 변호사들은 각 지방변호사회별로 일정 시간 이상의 공익활동을 해야 할 의무가 있다. 이러한 공공성의 지위를 강조한다면 변호사보수에 대한 규제가 정당화될 수 있을 것이다.

다른 한편 변호사는 법률전문가로서 의뢰인에게 법률서비스를 제공하고 그 대가로 보수를 지급받는 전문비즈니스맨으로서의 성격도 지니고 있음을 부정할 수 없다. 변호사에 대한 일반 국민의 인식은 준사법기관으로서의 지위보다는 고소득 전문직, 또는 평범한 직업인으로서의 인식으로 변모하였고,¹⁰⁾ 변호사들 스스로도 변호사의 상인으로서의 실태를 직시할 필요가 있다는 주장이 나오고 있는 상황이다.¹¹⁾¹²⁾ 이러한 측면을 강조한다면 변호사보수는 시장원리

-
- 7) 대법원 2002. 11. 22. 선고 2002다9479 판결; 대법원 2004. 5. 14. 선고 2004다7354 판결; 이시윤, 「신민사소송법」, 박영사, 2019, 81면. 다만 실무에서 보수 일부를 착수금으로 받고 나머지는 성공보수조로 후불 약정하는 것에 착안하여 위임계약과 도급계약의 혼합방식으로 보는 견해도 있다(최윤희, “변호사보수에 관한 고찰 - 보수의 적정성, 성공보수 및 기타 관련 법리들에 관하여-”, 「일감법학」 제47호, 건국대학교 법학연구소, 2020, 164면).
- 8) 대법원은 일관되게 “변호사에게 계쟁사건의 처리를 위임함에 있어서 그 보수지급 및 수액에 관하여 명시적인 약정을 아니하였다 하여도, 무보수로 한다는 등 특별한 사정이 없는 한 응분의 보수를 지급할 목시의 약정이 있는 것으로 봄이 상당하다.”고 판시하고 있다(대법원 1993. 11. 12. 선고 93다36882 판결; 대법원 1995. 12. 5. 선고 94다50229 판결 등).
- 9) 전경운, “변호사의 성공보수약정 - 대판 2002. 4. 12. 선고 2000다50190 판결, 판례공보 제155호 1085면 이하-”, 「민사법학」 제25호, 한국민사법학회, 2004, 207면.
- 10) 박경재, “변호사의 법적 지위와 변호사보수계약”, 「법학연구」 제51권 제1호, 부산대학교 법학연구소, 2010, 925면.
- 11) 정한중, “변호사 보수의 규제에 관한 연구”, 「법학연구」 제14집 제1호, 인하대학교 법학연구소, 2011, 88면; 박경재, 앞의 논문, 926면.
- 12) 현재 기업변호사들은 사업자등록증(업태: 서비스, 종목: 변호사)을 발급받아 변호사업을 영위하고 있고, 또 여느 사업자들과 동일하게 부가가치세를 납부하고 있다.

에 의해 결정되어야 하고, 이에 대한 규제는 적절하지 않을 것이다.

이처럼 변호사는 이중적 지위를 지니고, 그 중 어느 쪽에 중점을 둘 것인가에 따라 변호사보수의 규제에 관한 각국의 입법례가 달리 규정되고 있다. 아래에서 살펴본다.

2) 외국의 입법례

(1) 독일에서는 변호사를 독립한 사법기관의 하나로 보고 있다.¹³⁾ 독일 연방변호사법(Bundesrechtsanwaltsordnung) 제1조에도 “변호사는 사법행정을 담당하는 독립적 기관이다.”라고 규정되어 있다.¹⁴⁾ 이처럼 독일은 변호사의 공익적 성격을 감안하여 변호사보수를 법정화해놓고 있는데, 그 입법의 연혁을 살펴보면, 1879. 7. 7.부터 1957. 7. 26.까지 시행된 변호사의 보수규정(Gebührenordnung für Rechtsanwälte)이 있었고, 그 후부터 2004. 7. 1.까지 시행된 변호사수수료에 관한 연방규칙(Bundesgebührenordnung für Rechtsanwälte, BRAGO)이 있었으며, 그 후부터 현재는 변호사보수법(Rechtsanwaltsvergütungsgesetz, RVG)이 시행되어 적용되고 있다.¹⁵⁾ 변호사 지위의 공공성이 강조되는 독일에서는 RVG 제4a조에서 규정한 경제적 어려움에 따른 경우를 제외하고 원칙적으로 성공보수약정도 인정되지 않는다.¹⁶⁾ 이처럼 변호사보수가 법정화된 까닭에 변호사보수가 명확하고 일반인도 쉽게 예측할 수 있어, 보수액의 많고 적음을 둘러싼 분쟁의 소지가 매우 낮다.¹⁷⁾

(2) 반면 미국에서는 변호사보수에 관하여 자유계약주의를 택하고 있다. 따라서 변호사와 의뢰인 사이의 자유로운 계약에 의해 정할 수 있음이 원칙이다.¹⁸⁾

13) 박경재, 앞의 논문, 924면; 전병서, “변호사 보수 산정에 관한 검토”, 『민사소송』 제15권 제1호, 한국민사소송법학회, 2011, 205면.

14) § 1 Stellung des Rechtsanwalts in der Rechtspflege

Der Rechtsanwalt ist ein unabhängiges Organ der Rechtspflege.

15) 전병서, 앞의 논문, 205면; 최윤희, 앞의 논문, 168면; 정선주, “변호사의 성공보수약정 - 독일연방헌법재판소 2006년 12월 12일 결정을 중심으로-”, 『민사소송』 제12권 제1호, 한국민사소송법학회, 2008, 149면, 154면. 다만 남동현, “독일의 변호사보수를 중심으로 검토한 재판비용에 관한 연구”, 『민사소송』 제13권 제2호, 한국민사소송법학회, 2009, 181-183면에 의하면 RVG가 주로 적용되고 보충적으로 BRAGO가 적용된다고 표현하고 있다.

16) 호문혁, 『민사소송법』, 법문사, 2020, 638면.

17) 정형근, “변호사의 보수에 관한 고찰”, 『법조』 제59권 제6호(통권 제645호), 법조협회, 2010, 219면; 박경재, 앞의 논문, 924면.

18) 민일영 편집대표, 『주석 민사소송법(II)』, 한국사법행정연구회, 2018, 87면; 정형근, 앞의 논문, 217면.

독일 등 대륙법계 국가와 달리 미국의 변호사는 전문 직업인으로서의 성격이 보다 부각되기 때문이다.¹⁹⁾ 다만 미국변호사협회가 적절한 보수기준을 마련하고 있다. 즉 변호사 직무에 관한 모범규칙(ABA Model Rules of Professional Conduct (2020)) Rule 1.5(Fees)에서 변호사보수의 합리성을 결정할 때 고려할 요소 8가지, 즉 ① 필요한 시간과 노동력, 관련된 질문의 참신함과 난이도, 법률서비스의 적절한 수행에 필요한 기술, ② 그 일을 맡게 되면 다른 일을 못하게 될 가능성, ③ 유사한 법률서비스에 대해 그 지역에서 관례적으로 받는 보수, ④ 관련된 금액과 얻은 결과, ⑤ 고객 또는 상황에 따른 업무처리시한, ⑥ 고객과의 전문적인 관계의 성격과 시간, ⑦ 업무 수행 변호사의 경험, 평판, 능력, ⑧ 정액보수인지 성공보수인지 여부에 대해 열거하고 있다.²⁰⁾

(3) 일본의 경우도 종래 일본변호사협회가 정하는 변호사보수 등의 기준규정이 있었으나,²¹⁾ 변호사법 개정으로 위 규정이 폐지되어 2004. 4. 1. 이후 변호사보수는 원칙적으로 자유화되었다.²²⁾

3) 우리나라 변호사보수의 구분

(1) 구 변호사법²³⁾ 제19조에서 “변호사의 보수기준은 대한변호사협회가 이를 정한다.”고 하였고, 이에 따라 대한변호사협회가 1983. 5. 21. 제정·시행하

19) 박경재, 앞의 논문, 924면; 정한중, 앞의 논문, 87면.

20) Rule 1.5 Fees

(a) A lawyer shall not make an agreement for, charge, or collect an unreasonable fee or an unreasonable amount for expenses. The factors to be considered in determining the reasonableness of a fee include the following:

(1) the time and labor required, the novelty and difficulty of the questions involved, and the skill requisite to perform the legal service properly;
 (2) the likelihood, if apparent to the client, that the acceptance of the particular employment will preclude other employment by the lawyer;
 (3) the fee customarily charged in the locality for similar legal services;
 (4) the amount involved and the results obtained;
 (5) the time limitations imposed by the client or by the circumstances;
 (6) the nature and length of the professional relationship with the client;
 (7) the experience, reputation, and ability of the lawyer or lawyers performing the services; and
 (8) whether the fee is fixed or contingent.

21) 辻千晶/이점인譯, “독일의 변호사 보수제도”, 『동아법학』 제27호, 동아대학교 법학연구소, 2000, 113면.

22) 전병서, 앞의 논문, 213면.

23) 1999. 2. 5. 법률 제5815호로 개정되어 2000. 1. 1.부터 시행되기 전의 변호사법을 가리킨다.

였던 변호사보수기준에 관한 규칙 제4조에 따르면, 변호사보수는 사건보수와 사무보수로 구분되었고, 사건보수는 착수금과 성공보수, 사무보수는 상담료, 감정료, 문서작성료 및 고문료로 하고 있었다.²⁴⁾ 그러나 공정거래위원회의 보수담합 결정에 따라 위 구 변호사법 제19조가 1999. 2. 5. 삭제되어 위 대한변호사협회의 규칙도 폐지되었고, 현재 변호사보수에 관해서는 당사자 간의 자유로운 약정에 의해 정할 수 있게 되었다.²⁵⁾ 다만, 대한변호사협회 회칙에서 변호사보수에 관한 기준을 두고 있다. 구체적으로 변호사 등은 그 직무에 관하여 사무보수, 사건보수, 실비변상을 받을 수 있는데(회칙 제44조 제1항), 사무보수는 상담료, 감정료, 문서작성료 및 고문료로, 사건보수는 그 사건의 종류에 따라 착수금과 성공보수로, 실비변상은 수임사무 및 사건의 처리비용과 여비 등으로 나눌 수 있으며(회칙 같은 조 제2항), 변호사보수는 위임인과의 계약으로 정하되, 보수는 사회통념에 비추어 현저하게 부당한 것이어서는 아니 된다(회칙 같은 조 제3항)고 정하고 있다.²⁶⁾

(2) 이 중 가장 일반적인 보수 형식은 ‘착수금’과 ‘성공보수’라 할 수 있는데, 의뢰받은 사무 처리 결과와 관계없이 수임 시 선금조로 지급되는 것이 착수금이고, 의뢰받은 사무의 성공적인 처리를 조건으로 사건 종료 후 지급되는 것이 성공보수이다.²⁷⁾ 그런데 전술한 바와 같이 무보수의 특약이 없는 한 변호사보수는 원칙적으로 유상으로 보므로, 착수금에 대해서는 부정하는 견해를 찾아보기 어려우나,²⁸⁾ 성공보수의 인정여부에 대해서는 견해가 나뉜다.²⁹⁾ 대법원은

24) 정형근, 앞의 논문, 232-233면.

25) 이윤정, “변호사의 성공보수약정의 효력과 규제 방향에 대한 소고 - 대법원 2015. 7. 23. 선고 2015다200111 전원합의제 판결에 대한 평석-”, 『강원법학』 제53권, 강원대학교 비교법학연구소, 2018, 393면; 정한중, 앞의 논문, 91면.

26) 학자에 따라서는 변호사보수를 변호사가 제공하는 서비스 내용을 기준으로 사건보수, 사무보수로, 보수산정방식을 기준으로 시간당보수, 정액보수, 성공보수로 구분하기도 한다(박경재, 앞의 논문, 929면).

27) 김자영/백경희, “변호사 성공보수약정에 관한 소고 - 대법원 2015. 7. 23. 선고 2015다20011 전원합의제 판결-”/sic/, 『서울법학』 제23권 제2호, 서울시립대학교 법학연구소, 2015, 74면; 박경재, 앞의 논문, 929-931면; 정형근, 앞의 논문, 234면, 237면.

28) 대법원은 착수금이 인정됨을 전제로 “소송위임계약과 관련하여 위임사무 처리 도중에 수임인의 귀책사유로 계약이 종료되었다 하더라도, 위임인은, 수임인이 계약종료 당시까지 이행한 사무처리 부분에 관해서 수임인이 처리한 사무의 정도와 난이도, 사무처리를 위하여 수임인이 기울인 노력의 정도, 처리된 사무에 대하여 가지는 위임인의 이익 등 제반사정을 참작하여 상당하다고 인정되는 보수 금액 및 상당하다고 인정되는 사무처리 비용을 착수금 중에서 공제하고 그 나머지 착수금만을 수임인으로부터 반환받을 수 있다.”고 보았다(대법원 2008. 12. 11. 선고 2006다32460 판결).

형사사건에 관한 성공보수약정은 선량한 풍속 기타 사회질서에 위배되는 것으로 평가할 수 있다고 보았다.³⁰⁾

3. 변호사보수 부담에 관한 입법주의

1) 부담의 원칙

(1) 재판청구권의 충실한 보장을 위해서는 저비용 고효율의 제도를 마련하여 법원에의 접근권(Access권)을 높일 필요가 있다. 예컨대 소제기 측면에서 볼 때 변호사보수 등 소송비용이 부담스러운 경우 권리행사를 주저할 수 있는데, 만약 승소할 경우 그 비용을 상대방으로부터 전부 또는 일부라도 받아낼 수 있다면 진정한 권리자의 권리행사에 도움이 될 수 있을 것이다. 또 다른 측면에서 만약 패소자가 상대방의 변호사보수까지 전액 부담한다면 불필요한 응소와 남상소를 방지할 수도 있다. 바로 소송당사자 중 누가 소송비용을 부담할 것인가, 변호사보수를 소송비용에 산입할 것인가에 대한 연구가 필요한 이유이다.³¹⁾

(2) 이에 관한 입법주의로는 크게 ① 변호사보수를 소송비용에 산입하지 않고, 소송의 승패와 상관없이 각 소송당사자가 자기가 선임한 변호사보수를 부담하는 각자부담주의(이른바 American Rule)와, ② 변호사보수를 소송비용에 산입하여 패소자가 자신의 비용뿐만 아니라 승소한 상대방의 변호사보수까지도 부담하는 패소자부담주의(이른바 English Rule)로 대별할 수 있다.³²⁾ 이들 각 입법주의는 각각의 장단점을 지니고 있는데 이는 서로 상충되기도 한다. 예

29) 형사사건에 관한 성공보수약정을 무효로 본 2015년 대법원 전원합의체 판결이 선고되기 전에는 크게 i) 성공보수를 인정하되, 사안별 복잡성 등을 고려하여 보수최고액을 법정화할 수 있다는 견해(정한중, 앞의 논문, 101-102면), ii) 형사사건에서 성공보수를 금지해야 한다는 견해(정선주, 앞의 논문, 168-169면), iii) 형사사건, 가사사건, 입법로비영역, 그리고 민사사건 중 대인법익침해사건에서는 성공보수를 금지해야 한다는 견해(전경운, 앞의 논문, 221-224면) 등으로 대별할 수 있었다.

30) 대법원 2015. 7. 23. 선고 2015다200111 전원합의체 판결.

31) 정동윤/유병현/김경욱, 「민사소송법」, 법문사, 2016, 1093면; 한충수, 「민사소송법」, 박영사, 2016, 599면; 이규호, “소송당사자의 소송비용부담에 관한 범경제학적 분석 - 변호사비용을 중심으로”, 「민사소송」 제1권 제2호, 한국민사소송법학회, 2003, 179-180면.

32) 이규호, 앞의 논문, 185-194면; 전병서, “소송비용의 부담에 관한 약간의 검토”, 「민사소송」 제13권 제2호, 한국민사소송법학회, 2009, 169면; 이종구, “민사소송에서의 변호사비용부담에 관한 비교법적 연구 - 미국의 변호사비용에 대한 각자부담의 원칙과 편면적 패소자부담주의를 중심으로-”, 「경영법률」 제24권 제3호, 한국경영법률학회, 2014, 425면.

컨대 패소자부담주의는 승소 시 변호사보수를 상대방으로부터 받아낼 수 있어 소제기를 통한 권리행사의 길을 열어주는 장점이 있으나, 이는 동시에 만약 패소할 경우 상대방의 변호사보수까지 부담해야 하는 위험으로 인해 정당한 권리행사까지도 억제하는 단점으로 작용하기도 한다. 마찬가지로 각자부담주의는 변호사비용이 없는 경우 권리행사를 주저할 수밖에 없는 단점이 있으나, 이는 동시에 만약 패소하더라도 상대방의 변호사보수까지 신경 쓸 필요는 없기 때문에 정당한 권리행사의 길을 열어주는 장점이 되기도 한다.³³⁾

2) 외국의 입법례

(1) 우선 영국은 패소자부담주의를 채택하고 있다. 따라서 소송에서 패소한 당사자는 자신의 비용에 더하여 승소한 상대방의 비용도 부담해야 한다. 여기의 비용에는 법원이나 사무변호사(solicitor), 법정변호사(barrister)에게 지급할 비용, 증인비용, 기타 제반비용을 모두 포함한다. 따라서 승소한 당사자는 상대방으로부터 위 변호사보수를 비롯한 대부분의 소송비용을 상환받을 수 있다.³⁴⁾

(2) 다음으로 미국은 변호사보수를 제외한 소송비용, 예컨대 서기와 집행관 에 대한 수수료, 증명서류 발급비용, 인쇄와 증인에 대한 수수료 등 28 U.S. Code § 1920 - Taxation of costs에 열거한 6가지 항목에 관하여, 승소한 당사자는 상대방으로부터 이를 상환받을 수 있다.³⁵⁾ 그러나 변호사보수에 관해서는 이름에서도 알 수 있듯이 American Rule, 즉 각자부담주의를 채택하고 있다. 따라서 상대방에게 변호사보수를 부담시킬 수 있는 법률의 존재 등 예외적인 경우를 제외하고는, 소송 승패와 상관없이 자신의 변호사보수만 부담하면 된다.³⁶⁾

(3) 독일의 경우 변호사를 독립한 사법기관으로 보고 변호사의 보수가 법정 되어 있음은 앞에서 살펴보았다. 아울러 독일 민사소송법(Zivilprozessordnung, ZPO) 제78조 제1항 전단에서 “분쟁 당사자는 지방법원 및 상급 지방법원에서 변호사가 대리해야 한다.”고 하여 변호사강제주의를 택하고 있고,³⁷⁾ 이에 ZPO

33) 이종구, 앞의 논문, 435면.

34) 이규호, 앞의 논문, 184면, 194면.

35) 이규호, 앞의 논문, 190면; 이종구, 앞의 논문, 423-424면; 조수혜, “미국 민사소송에서 소송 비용의 재판에 대한 불복방법”, 『민사소송』 제15권 제1호, 한국민사소송법학회, 2011, 255면.

36) 조수혜, 앞의 논문, 256면.

37) § 78 Anwaltsprozess

제91조 제2항 전단에서 “승소한 당사자의 변호사의 법정 수수료 및 지출은 상환되어야 한다. 다만 관할 법원 밖에 소재하는 변호사의 여비는 적절한 조치나 방어를 위해 필요한 경우에 한해 상환되어야 한다.”고 하여,³⁸⁾ 변호사보수 역시 소송비용에 포함되어 패소자로부터 상환받을 수 있음을 규정하고 있다.

(4) 일본의 경우 일본 민사소송법 제61조에 “소송비용은 패소한 당사자의 부담으로 한다.”고 규정하고 있으나,³⁹⁾ 이는 법원에 지급할 재판비용만을 뜻하는 것으로, 변호사보수에 관하여는 소송 결과에 상관없이 각자 부담하는 것이 원칙으로 되어 있다.⁴⁰⁾ 일본에서는 변호사보수를 소송비용에 산입해야 한다는 의견이 꾸준히 있었고,⁴¹⁾ 2001. 6. 12. 사법제도개혁심의회 의견서에 따라 법안이 마련되었으나, 반대의견에 부딪혀 결국 입법에 이르지 못하는 못했다.⁴²⁾ 다만 불법행위 피해자가 자신의 권리 옹호를 위해 지출한 변호사비용은 사안의 난이도, 청구액, 인용된 금액 기타 제반사정을 고려하여 상당하다고 인정되는 금액의 범위 내에서 불법행위와 상당인과관계 있는 손해라고 하여,⁴³⁾ 변호사보수를 손해배상으로 처리하고 있다.⁴⁴⁾

(1) Vor den Landgerichten und Oberlandesgerichten müssen sich die Parteien durch einen Rechtsanwalt vertreten lassen.

38) § 91 Grundsatz und Umfang der Kostenpflicht

(2) Die gesetzlichen Gebühren und Auslagen des Rechtsanwalts der obsiegenden Partei sind in allen Prozessen zu erstatten, Reisekosten eines Rechtsanwalts, der nicht in dem Bezirk des Prozessgerichts niedergelassen ist und am Ort des Prozessgerichts auch nicht wohnt, jedoch nur insoweit, als die Zuziehung zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung notwendig war.

39) 第六十一條 (訴訟費用の負担の原則)

訴訟費用は、敗訴の当事者の負担とする。

40) 전병서, 앞의 논문(註32), 171-173면; 伊藤眞, 「民事訴訟法」, 東京: 有斐閣, 2018, 615면.

41) 이러한 주장은 메이지 시대부터 존재했는데, 본격적인 논의는 민사소송비용제도연구회가 1997. 1. 보고서를 제출하며 변호사보수 패소자부담주의에 관한 검토를 제안하면서부터라고 한다(松本博之/上野泰男, 「民事訴訟法」, 東京: 弘文堂, 2015, 925-926면).

42) 兼子一/松浦馨 外, 「條解 民事訴訟法」, 東京: 弘文堂, 2011, 308-309면; 松本博之/上野泰男, 앞의 책, 927면; 新堂幸司, 「新民事訴訟法」, 東京: 弘文堂, 2019, 992면. 그러나 현재도 변호사보수를 소송비용화하고 이를 패소자에게 부담시켜야 한다는 논의는 유력하여 향후에도 논의가 계속될 것으로 전망하고 있다(伊藤眞, 앞의 책, 615면).

43) 판례 재판요지 원문을 소개하면 다음과 같다. “不法行爲の被害者が、自己の權利擁護のため訴を提起することを余儀なくされ、訴訟迫行を弁護士に委任した場合には、その弁護士費用は、事案の難易、請求額、認容された額その他諸般の事情を斟酌して相当と認められる額の範囲内のものにかぎり、右不法行爲と相当因果關係に立つ損害というべきである。(最高裁判所第一小法廷 昭和44年2月27日 判決 民集 第23卷2号441頁)”

44) 松本博之/上野泰男, 앞의 책, 924면; 新堂幸司, 앞의 책, 990면.

3) 우리나라의 경우

(1) 우리나라는 과거 법원이 변호사선임명령을 한 경우를 제외하고 변호사보수를 소송비용에 산입하지 않았다.⁴⁵⁾ 때문에 변호사보수에 대하여 각자부담주의를 택하였고, 다만 대법원은 부당히 항쟁한다고 인정되는 특별한 사정이 있는 경우 불법행위로 인한 손해배상으로서 변호사보수를 인정할 수 있다고 하였다.⁴⁶⁾ 이에 대해 민사사건에서 다수의 당사자들이 변호사를 소송대리인으로 선임하여 재판에 임하는 소송현실과 맞지 않고 또한 소권남용의 폐단을 막을 수 없다는 비판이 있었다.⁴⁷⁾ 이에 1981. 1. 29. 법률 제3361호로 소송촉진 등에 관한 특례법⁴⁸⁾을 제정하며 제16조 제1항에서 당사자가 지급한 또는 지급할 변호사보수는 대법원규칙으로 정하는 금액의 범위 안에서 이를 소송비용으로 한다고 규정하였고, 1981. 2. 28. 대법원규칙 제758호로 변호사보수규칙을 제정하여, 비로소 변호사보수의 패소자부담주의를 채택·시행하게 되었다. 위 구 소송촉진법 제16조 제1항은 1990. 1. 13. 개정 민사소송법 제99조의 2 제1항에 반영되어 규정되었으며, 현행 법 제109조 제1항으로 규정되어 유지되고 있다.

(2) 승소 시 상대방으로부터 상환받을 수 있는 변호사보수는 당사자가 변호사에게 지급한 또는 지급할 보수 전액이 아니라, 변호사보수규칙에서 정한 액수로 제한되는데,⁴⁹⁾ 변호사보수규칙은 소송목적의 값(소가)에 따라 산입비율을 정하고 있다. 따라서 앞서 언급한 미국과 영국의 입법례를 양극으로 본다면, 우리나라는 그 사이, 즉 변호사보수를 소송비용에 산입하되 그 산입범위를 제한하는 방식이라고 평가할 수 있다.⁵⁰⁾

45) 이시윤, 앞의 책, 681-682면; 민일영 편집대표, 앞의 책, 4면, 87면; 이종구, 앞의 논문, 443-444면; 전병서, 앞의 논문(註32), 168-169면.

46) 대법원 1972. 5. 9. 선고 71다1297 판결; 대법원 1978. 8. 22. 선고 78다672 판결. 그러나 현행 법제 하에서는 소송비용액 확정절차라는 간이한 구제절차가 마련되어 있으므로, 이에 의하지 않고 불법행위를 원인으로 한 손해배상으로 변호사보수를 구함은 소의 이익이 없다 할 것이다(소송비용액 확정절차에 의해야 하는 감정비용을 별도로 구함은 소의 이익이 없다는 취지의 대법원 1987. 3. 10. 선고 86다카803 판결; 대법원 2000. 5. 12. 선고 99다68577 판결 참조). 이에 대해 소송비용에 산입되는 적절한 변호사보수를 초과하여 지출된 변호사보수에 대해서는 패소자가 알았거나 알 수 있었을 경우에 한하여 특별한 사정으로 인한 손해(민법 제393조 제2항)로 보아 손해배상청구가 가능하다는 견해가 있다(이시윤, 앞의 책, 682면; 이종구, 앞의 논문, 447면).

47) 이종구, 앞의 논문, 444면.

48) 이하 본고에서 ‘소송촉진법’이라 약칭한다.

49) 이현목, 「민사소송법」, 홍문사, 2020, 399면.

50) 전병서, 앞의 논문(註32), 169면. 통상 당사자가 지급한 변호사보수보다는 훨씬 적은 액수일 것으로 보아 이를 제한적인 패소자부담주의라고 보는 견해도 있다(이종구, 앞의 논문, 445면).

4. 변호사보수를 소송비용에 산입시키기 위한 근거규정과 범위

1) 산정기준

변호사보수규칙 제3조 제1항은, 소송비용에 산입되는 변호사의 보수에 관하여 당사자가 보수계약에 의하여 지급한 또는 지급할 보수액의 범위 내에서 각 심급단위로 소가에 따라 별표의 기준에 의하여 산정함을 규정하고 있다. 이렇게 산정된 범위 내에서 착수금, 성공보수금 등 명목 여하에 불구하고 모두 산입하고,⁵¹⁾ 부가가치세까지도 산입한다.⁵²⁾ 이 별표의 기준은 산입되는 보수액이 현실의 변호사보수액에 비해 낮아 승소당사자의 권리보전에 미흡하고 패소당사자의 남소 또는 부당응소에 대한 실효적 억제수단이 되지 못한다는 지적에 따라 그동안 몇 차례의 개정이 있었는데, 가장 최근인 2020. 12. 28. 개정된 별표 기준은 아래 표와 같다.

소송목적 또는 피보전권리의 값	산입되는 비율 또는 산입액	소송목적 또는 피보전권리의 값	산입되는 비율 또는 산입액
300만원까지 부분	30만원	1억원을 초과하여 1억5천만원까지 부분 [740만원 + (소송목적의 값 - 1억원) × $\frac{4}{100}$]	4%
300만원을 초과하여 2,000만원까지 부분 [30만원 + (소송목적의 값 - 300만원) × $\frac{10}{100}$]	10%	1억5천만원을 초과하여 2억원까지 부분 [940만원 + (소송목적의 값 - 1억5천만원) × $\frac{2}{100}$]	2%
2,000만원을 초과하여 5,000만원까지 부분 [200만원 + (소송목적의 값 - 2,000만원) × $\frac{8}{100}$]	8%	2억원을 초과하여 5억원까지 부분 [1,040만원 + (소송목적의 값 - 2억원) × $\frac{1}{100}$]	1%
5,000만원을 초과하여 1억원까지 부분 [440만원 + (소송목적의 값 - 5,000만원) × $\frac{6}{100}$]	6%	5억원을 초과하는 부분 [1,340만원 + (소송목적의 값 - 5억원) × $\frac{0.5}{100}$]	0.5%

51) 대법원 2000. 10. 28.자 2000무20 결정.

52) 서울고등법원 2012. 10. 22.자 2012라1384 결정; 소송비용실무연구회, 앞의 책, 38-39면.

2) 감액과 증액

(1) 다만, 가압류, 가처분 명령의 신청, 그 명령에 대한 이의 또는 취소의 신청사건과(동 규칙 제3조 제2항), 피고의 전부자백 또는 자백간주에 의한 판결과 무변론 판결, 이행권고결정의 경우(동 규칙 제5조), 산입되는 변호사보수는 소가에 따라 위 별표의 기준에 의하여 산정한 금액의 2분의 1로 한다. 이른바 당연감액이다.

(2) 물론 법원은 재량에 의한 증감도 할 수 있다. 즉 동 규칙 제3조 및 제5조의 금액 전부를 소송비용에 산입하는 것이 현저히 부당하다고 인정되는 경우에는 상당한 정도까지 감액할 수 있고, 반대로 동 규칙 제3조의 금액이 현저히 부당하게 낮은 금액이라고 인정하는 때에는 당사자의 신청에 따라 위 금액의 2분의 1 한도에서 이를 증액할 수도 있다(동 규칙 제6조).

5. 대상결정의 타당성

위에서 살펴본 변호사의 지위를 고려한 보수결정방식과 외국의 입법례, 변호사보수부담에 관한 입법주의, 우리나라 법규 정비의 연혁, 변호사보수의 소송비용 산입에 관한 현행 제 규정들에 대한 선행연구를 바탕으로, 대상결정의 타당성을 다음의 몇 가지 항목으로 나눠 검토해보기로 한다.

1) 패소자부담주의 측면

우리나라 민사소송은 사법제도를 이용하는 당사자에게 인지대, 감정비용 등 그 비용을 부담시키는 이른바 재판유상주의를 전제로,⁵³⁾ 패소자에게 소송비용을 부담시키는 이른바 패소자부담주의를 취하고 있다(법 제98조). 그리고 심급을 완결하는 재판을 함에 있어서는 반드시 법원이 직권으로 그 심급의 소송비용 전부의 부담에 관한 재판을 함께 하여야 한다(법 제104조). 그 결과 판결주문에서 “소송비용은 원고(또는 피고)가 부담한다.”와 같은 형태로 패소한 당사자에게 소송비용을 부담시키고 있다. 만약 이러한 재판을 하지 않으면 재판을 누락(법 제212조)한 것이 된다.⁵⁴⁾ 여기의 패소자가 부담하는 소송비용에는 변호사보수가 포함되어 있는데, 사실상 변호사보수가 소송비용의 대종을 이룬다고 해도 과언이 아니다.⁵⁵⁾ 다만 소송비용에 산입되는 변호사보수는 승소 당

53) 법원행정처, 「법원실무제도 민사소송[I]」, 2017, 454면; 소송비용실무연구회, 앞의 책, 3면.

54) 김홍엽, 「민사소송법」, 박영사, 2018, 897면; 민일영 편집대표, 앞의 책, 33면, 67면; 소송비용실무연구회, 앞의 책, 76면, 88면.

사자가 변호사에게 지불한 보수 전액이 산입되는 것이 아니라 변호사보수규칙이 정하는 금액의 범위 안에서 정해진다. 이처럼 변호사보수 패소자부담주의에 따라 판결 주문에 소송비용 부담 당사자가 기재되는 결과, 패소한 당사자는 패소 확정 시 상대방이 지불한 일정한 범위의 변호사보수 상환을 염두에 두고 있다.

그런데 대상결정의 원심(항고심)과 같이 소송당사자 아닌 제3자가 변호사보수를 지급하였다고 하여, 변호사가 소송당사자에게서 보수를 지급받을 수 없는 것으로 보아 이를 변호사보수규칙 상 ‘당사자가 보수계약에 의하여 지급한 또는 지급할 보수액’으로 보지 않는다면, 본안사건 판결 주문 상 패소한 당사자가 소송비용을 부담한다고 되어 있음에도 불구하고 패소한 당사자는 소송비용액 지급을 면하는 것이 된다. 결과적으로 패소한 당사자가 부당한 이익을 얻는 셈이 되고,⁵⁵⁾ 이는 우리 법이 정하는 패소자부담주의와 어긋나는 결과를 초래한다. 판결 주문의 기재 상 패소한 당사자는 상대방의 변호사보수를 포함한 소송비용의 부담을 염두에 두고 있었다면, 대상결정의 丁법무법인이 丙회사와 乙신탁회사 중 누구로부터 변호사보수를 지급받았는지 여부와 무관하게 - 이는 乙신탁회사, 丙회사, 丁법무법인 내부의 정산 문제이므로- 법원으로는 甲의 상대방 소송당사자인 乙신탁회사에 대한 소송비용액 상환을 명해야만 할 것이다. 이 점에서 대상결정은 패소자부담주의에 부합하는 타당한 결정이라 할 것이다.

2) 상환액수의 적정성 측면

대상결정의 원심(항고심)은 위탁자인 丙회사가 丁법무법인에게 소액의 착수금을 지급하고 후에 승소판결을 받으면 법원의 소송비용액 확정결정을 받아 丁법무법인이 소송상대방으로부터 소송비용을 지급받기로 한 구두계약이 있었다는 사실을 인정할 수 없을 뿐만 아니라, 만약 그러한 구두계약이 존재한다고 가정하더라도 약정 금액 자체가 불확실하여 액수를 산정할 수 없고 경우에 따라서는 0원일 가능성을 배제할 수 없다고 하며, 甲이 乙신탁회사에 지급하여야 할 소송비용액을 0원으로 확정하였다.

그러나 우리나라 변호사는 업무의 공공성과 직무수행의 독립성을 지닌 준사법기관으로서의 지위뿐만 아니라, 법률전문가로서 의뢰인에게 법률서비스를 제

55) 사법연수원, 「민사실무Ⅱ」, 2018, 171면; 민일영 편집대표, 앞의 책, 4면.

56) 홍승헌 편집대표, 「판례공보스터디 민사판례해설」, 서울고등법원 판례공보스터디, 2020, 327면.

공하고 그 대가로 보수를 지급받는 전문비즈니스맨으로서의 성격을 겸하고 있고, 시대의 흐름과 법률시장의 변화에 따라 후자의 지위가 점점 더 강조되고 있는바, 이러한 추세를 반영하여 심지어 변호사보수 지급에 관한 약정이 없는 경우에도 무보수로 한다는 등 특별한 사정이 없는 한 응분의 보수를 지급할 묵시의 약정이 있는 것으로 보고 있다.⁵⁷⁾ 따라서 변호사보수에 관하여 구두계약 체결하였다고 하더라도 이를 무보수의 특약으로 해석해서는 아니 되고, 또한 본안소송 승소 후 소송비용액 확정결정을 받아 소송상대방으로부터 변호사보수를 지급받기로 하는 등 그 금액 자체가 불확실하다고 하더라도 이를 많은 경우의 수 중 하나인 0원으로 확정할 수는 없다. 이미 지급한 변호사보수액 뿐만 아니라 장차 지급할 보수액까지도 소송비용에 산입하는 변호사보수규칙 제3조 제1항에 의할 때도 마찬가지이다. 따라서 이러한 경우는 변호사보수규칙 제3조 제1항 별표의 기준에 의하여 소송비용액을 확정하면 될 것이다. 이러한 측면에서 상환액수를 0원으로 확정할 원심(항고심) 결정은 소송비용확정에 관한 법리를 오해한 것이고, 이를 지적하는 대상결정은 타당하다.

3) 송무현실 반영 측면

변호사가 소송당사자가 아닌 제3자로부터 변호사보수를 지급받고(혹은 지급받을 것을 약속하고) 소송대리를 하는 경우가 흔히 있다. 예컨대 소송당사자가 가입한 보험계약에 따라 보험회사로부터 변호사보수를 지급받고 소송대리를 하는 경우나,⁵⁸⁾ 또는 배우자나 부모가 소송당사자의 변호사보수를 대신 지급해주는 경우, 채무자가 변제의 방법으로 채권자의 변호사보수를 대신 지급해주는 경우 등이 그렇다. 이러한 경우 변호사가 변호사보수를 지급해준 자에게 전자세금계산서를 발행해주면 거래내역의 송금인, 전자세금계산서의 공급받는자, 사건위임계약서의 위임인과 소송위임장의 당사자가 서로 불일치하는 결과가 발생할 수밖에 없다.

이처럼 제3자로부터 변호사보수를 지급받는 경우는 흔히 있는데, 필자가 경험한 사례 몇 가지를 들어보고자 한다. ① 먼저 엉뚱한 사람을 피고로 삼아 소가 제기된 경우가 있었다. 계약 당사자는 회사인데, 회사를 상대로 소가 제기된 것이 아니라 회사의 직원들을 피고로 삼은 사례였다.⁵⁹⁾ 억울해하는 직원들을 위해 회사가 나서서 필자와 수임계약을 체결하고 변호사보수를 지급해주

57) 대법원 1993. 11. 12. 선고 93다36882 판결; 대법원 1995. 12. 5. 선고 94다50229 판결.

58) 소송비용실무연구회, 앞의 책, 39면.

59) 대구지방법원 2017가단32036 판결.

었다. 물론 필자는 그 회사 앞으로 전자세금계산서를 발행해주었다. 그런데 재판부의 권고로 상대방이 소를 취하하고 확정되자, 회사의 요청으로 필자는 소송비용 부담 및 확정신청을 했다.⁶⁰⁾ 그러자 위 상대방은 소송당사자가 변호사보수를 지급한 것이 아니어서 소송비용을 부담할 수 없다고 다투었다. ② 다음 사례는 회사를 상대로 소가 제기되었는데, 그 회사가 폐업을 하여 회사의 실질사주로부터 변호사보수를 지급받고 실질사주 개인 앞으로 전자세금계산서를 발행해준 경우가 있었다. 청구기각의 제1심 판결이 상고심에서 확정된 후,⁶¹⁾ 실질사주의 요청으로 소송비용액 확정신청을 하였는데 상대방은 회사가 아닌 개인으로부터 변호사보수를 받고 전자세금계산서를 발행했으므로 소송비용을 부담할 수 없다고 다투었으나, 결국 신청 대부분이 인용되었다.⁶²⁾ ③ 또 다른 사례는 경제적 궁핍 등의 사정으로 제3자로부터 변호사보수 도움을 받고 소를 제기한 경우였다.⁶³⁾ 승소 확정 후 위 제3자의 요구로 소송비용액 확정신청을 진행하여 인용결정을 받은 바 있다.⁶⁴⁾

대상결정의 사안도 마찬가지이다. 丁법무법인은 위탁자인 丙회사와 수임계약을 체결하고 변호사보수를 받았지만, 수탁자인 乙신탁회사를 대리하여 소송을 수행하였다. 丙회사와 乙신탁회사가 체결한 신탁계약에 따른 것이었다. 그 결과 乙신탁회사의 이름으로 소송비용액 확정신청을 할 수밖에 없었고, 따라서 증빙자료로 乙신탁회사에게 발행해준 전자세금계산서를 제출할 수는 없었다. 대상결정의 제1심에서는 아마도 이러한 복잡성 때문에 구체적인 저간의 사정을 밝히지 않고 대신 丁법무법인이 乙신탁회사에게 전부금 사건의 변호사비용으로 5,100,000원을 지급받았다는 취지의 영수증을 작성해주고 이를 증빙자료로 제출한 것으로 보인다.

그렇다면 소송당사자가 아닌 제3자로부터 변호사보수를 지급받고 그 제3자에게 전자세금계산서를 발행해준 결과 소송당사자와의 변호사보수 지급에 관한 구체적 증명에 어려움이 있는 경우 소송비용액 확정을 어떻게 해야 할 것인가. 변호사보수는 원칙적으로 유상인 점, 장차 지급할 보수액도 소송비용에 산입되는 점, 전자세금계산서는 재화·용역의 공급과 부가가치세 거래징수 사실을 증명하기 위해 교부하는 영수증인 점, 소송당사자 아닌 제3자에게 발행하

60) 대구지방법원 2018. 12. 28.자 2018카합10450 결정.

61) 대구지방법원 서부지원 2018. 5. 16. 선고 2015가단38136 판결; 대구지방법원 2019. 7. 24. 선고 2018나307608 판결; 대법원 2019. 12. 12. 선고 2019다261206 판결.

62) 대구지방법원 서부지원 2020. 3. 2.자 2019카합5309 결정.

63) 수원지방법원 2017. 11. 15. 선고 2017가단532566 판결.

64) 수원지방법원 2020. 8. 10.자 2020카합20651 결정.

는 전자세금계산서의 기재에 의하더라도 변호사가 그 사건과 관련하여 변호사보수를 지급받았음이 어느 정도 증명되는 점, 변호사보수를 지급해준 제3자와 소송당사자 사이의 사실적·법률적 관계가 어느 정도 증명된다면 제3자의 지급을 소송당사자의 지급과 동일시할 수 있는 점 등을 고려할 때, 제3자가 지급하는 변호사보수도 당연히 소송비용에 산입하여야 한다. 변호사가 그 사건에 관하여 변호사보수를 지급받고 업무처리를 하였다는 것이 중요하지, 구체적으로 누구로부터 받았는지는 소송비용상환의 본질적 요소가 아니라 할 것이다. 이 점에서 대상결정은 소송당사자 아닌 제3자로부터 변호사보수를 지급받고 소송대리를 하는 송무현실을 고려한 것으로서 타당하다 할 것이다. 만약 이 경우 대상결정의 원심(항고심)처럼 소송비용 산입을 해주지 않는다면 패소한 당사자는 변호사보수 상환을 면하게 되어 오히려 그만큼 이득을 얻는 부당한 결과를 초래하게 되는데, 이는 판결 주문의 기재에 어긋나고 송무현실과도 맞지 않는다.

4) 대상결정의 의의

(1) 결과적으로 대상결정은 변호사보수의 원칙적 유상성에 관한 기존 판례의 취지를 재확인하였고, 소송비용의 패소자부담주의와 그에 따른 판결 주문의 기재에도 불구하고 패소한 당사자가 소송비용액 상환의무를 면하는 불합리한 결과 초래를 막았으며, 갖가지 사유로 소송당사자 아닌 제3자로부터 변호사보수를 지급받고 혹은 지급받기로 하고 소송대리를 하는 송무현실을 충실히 반영하였다는 점에 그 첫 번째 의의가 있다 하겠다.

(2) 물론 일부 문헌에서는 제3자로부터 지급받은 변호사보수의 소송비용산입 가능성을 긍정하고 있고 그 근거로 서울고등법원 결정(서울고등법원 2011. 4. 20.자 2011라107 결정; 서울고등법원 2013. 3. 20.자 2012라1241 결정)을 들고 있다.⁶⁵⁾ 그러나 위 결정은 대법원 결정이 아니고 또 검색조차 쉽지 아니하여, 소송당사자 아닌 제3자로부터 변호사보수를 지급받고 소송대리를 한 많은 사례에서 그동안 소송비용액 확정신청을 주저했던 것이 사실이다. 대상결정 사건에서 乙신탁회사로부터 전부금 사건의 변호사비용으로 5,100,000원을 지급받았다는 丁법무법인 명의의 영수증이 등장한 것도 이런 이유 때문일 것이다. 이러한 송무현실에서 대상결정은 소송비용액 확정실무의 가이드라인을 제시했다는 점에 그 두 번째 의의가 있다 하겠다.

65) 소송비용실무연구회, 앞의 책, 39-40면.

(3) 다만 부차적인 부분이기는 하나, 그동안 상고심이 파기하는 경우 자판을 할 수 있음에도 주로 환송을 하여 소송완결이 지연된다는 점이 자주 지적되었다. 특히 법 제437조 1호에 속하는 사안은 파기자판의 예가 거의 전무하였다.⁶⁶⁾ 대상결정 사안에서는 제3자가 지급한 변호사보수를 당사자가 지급한 것과 동일하다고 볼 수 있는 사정에 대한 추가심리의 필요성 때문에 어쩔 수 없이 환송을 하였을 것이라고 선해할 수 있다. 그럼에도 불구하고 5,100,000원의 소송비용 확정절차가 5심급으로 확장되어 완결이 지연되는 것은 조금은 아쉬운 대목이라 사료된다. 소송비용액 확정절차는 권리의무의 존부를 확정하는 것이 아니어서 개개의 항목이나 금액에 대해 처분권주의(법 제203조)가 적용되지 않는 일종의 비송적 성격을 갖는다는 점을 고려할 때,⁶⁷⁾ 제3자(丙회사)가 지급하는 변호사보수 역시 소송비용에 산입하여야 한다는 법리를 채택하였다면, 이에 따라 甲이 乙신탁회사에게 상환할 소송비용액수를 대법원 스스로 정하는 것이 소송경제에 이바지하는 길이라 사료된다.

IV. 결론

변호사보수를 소송비용에 산입할 것인가, 이를 패소한 당사자에게 부담시킬 것인가, 어느 범위까지 부담시킬 것인가 하는 문제는, 변호사의 이중적 지위, 즉 공공성과 전문비즈니스맨이라는 상반된 성격 중 어느 측면을 강조할 것인가, 재판청구권의 충실한 보장을 위해 법원에의 접근권을 어떻게 높일 것인가 하는 점들과 밀접히 관련되어 있다. 때문에 각국이 서로 달리 규정하고 있고, 개선 논의가 지속되고 있으며, 우리나라에서도 적어도 공익소송에서만만큼은 변호사보수 패소자부담주의를 버리고 각자부담주의로 나가는 게 어떤가 하는 논의들이 이어지고 있는 것이다.⁶⁸⁾

그러나 현재 우리나라의 법제는, 변호사보수를 소송비용에 산입하여 패소자에게 부담시키되 그 산입범위를 제한하는 방식을 취하고 있다. 변호사보수의 유상성을 원칙으로 하여 향후 지급할 변호사보수도 변호사보수규칙 범위 내라

66) 이시윤, 앞의 책, 917면.

67) 김홍엽, 앞의 책, 899면; 민일영 편집대표, 앞의 책, 105면; 이현묵, 앞의 책, 403면; 소송비용실무연구회, 앞의 책, 90면; 의정부지방법원, 「사례중심 소송비용액확정 실무」, 2014, 5면.

68) 대한변호사협회, 민주사회를 위한 변호사모임 등이 주최한 국회 토론회가 최근 2021. 3. 3. 있었다. 공익소송 등 패소비용제도개선을 위한 입법방안 모색을 목적으로 한 “공익소송도 돈 있어야 하나요?”라는 제목의 토론회였다.

면 모두 산입시키고 있다. 소송당사자 아닌 제3자와 수임계약을 체결했다고 하여 산입에서 제외하는 규정을 두고 있지 않다. 대상결정은 변호사가 소송당사자가 아닌 제3자로부터 변호사보수를 지급받고 소송대리를 한 경우에 있어서 변호사보수를 소송비용에 산입시킬 수 있는지 여부에 대해, 송무현실을 충실히 반영하였고, 향후 소송비용액 확정실무의 가이드라인을 제시하였다는 점에서 중요한 의의를 갖는다고 생각한다. 필자의 본 글이 향후 소송비용 부담 방식, 변호사보수의 소송비용 산입 여부 등과 관련하여 활발한 논의의 밑거름이 될 수 있기를 기대하며 글을 마친다.

[참고문헌]

1. 단행본

- 김홍엽, 민사소송법, 박영사, 2018.
- 민일영 편집대표, 주식 민사소송법(Ⅱ), 한국사법행정연구회, 2018.
- 법원행정처, 법원실무제요 민사소송[Ⅰ], 2017.
- 사법연수원, 민사실무Ⅱ, 2018.
- 소송비용실무연구회, 소송비용실무, 사법발전재단, 2015.
- 의정부지방법원, 사례중심 소송비용액확정 실무, 2014.
- 이시윤, 신민사소송법, 박영사, 2019.
- 이헌목, 민사소송법, 홍문사, 2020.
- 정동윤/유병현/김경욱, 민사소송법, 법문사, 2016.
- 한충수, 민사소송법, 박영사, 2016.
- 호문혁, 민사소송법, 법문사, 2020.
- 홍승면 편집대표, 판례공보스터디 민사판례해설, 서울고등법원 판례공보스터디, 2020.

2. 논문

- 김자영/백경희, “변호사 성공보수약정에 관한 소고 - 대법원 2015. 7. 23. 선고 2015다 20011 전원합의체 판결-”[sic], 「서울법학」제23권 제2호, 서울시립대학교 법학연구소, 2015.
- 남동현, “독일의 변호사보수를 중심으로 검토한 재판비용에 관한 연구”, 「민사소송」제13권 제2호, 한국민사소송법학회, 2009.
- 박경재, “변호사의 법적 지위와 변호사보수계약”, 「법학연구」제51권 제1호, 부산대학교 법학연구소, 2010.
- 辻千晶/이점인譯, “독일의 변호사 보수제도”, 「동아법학」제27호, 동아대학교 법학연구소, 2000.
- 이규호, “소송당사자의 소송비용부담에 관한 법경제학적 분석 - 변호사비용을 중심으로”, 「민사소송」제1권 제2호, 한국민사소송법학회, 2003.
- 이윤정, “변호사의 성공보수약정의 효력과 규제 방향에 대한 소고 - 대법원 2015. 7. 23. 선고 2015다200111 전원합의체 판결에 대한 평석-”, 「강원법학」제53권, 강원대학교 비교법학연구소, 2018.
- 이종구, “민사소송에서의 변호사비용부담에 관한 비교법적 연구 - 미국의 변호사비용에 대한 각자부담의 원칙과 편면적 패소자부담주의를 중심으로-”,

「경영법률」제24권 제3호, 한국경영법률학회, 2014.

전경운, “변호사의 성공보수약정 - 대판 2002. 4. 12. 선고 2000다50190 판결, 판례공보 제155호 1085면 이하-”, 「민사법학」제25호, 한국민사법학회, 2004.

전병서, “변호사 보수 산정에 관한 검토”, 「민사소송」제15권 제1호, 한국민사소송법학회, 2011.

———, “소송비용의 부담에 관한 약간의 검토”, 「민사소송」제13권 제2호, 한국민사소송법학회, 2009.

정선주, “변호사의 성공보수약정 - 독일연방헌법재판소 2006년 12월 12일 결정을 중심으로-”, 「민사소송」제12권 제1호, 한국민사소송법학회, 2008.

정한중, “변호사 보수의 규제에 관한 연구”, 「법학연구」제14집 제1호, 인하대학교 법학연구소, 2011

정형근, “변호사의 보수에 관한 고찰”, 「법조」제59권 제6호(통권 제645호), 법조협회, 2010.

조수혜, “미국 민사소송에서 소송비용의 재판에 대한 불복방법”, 「민사소송」제15권 제1호, 한국민사소송법학회, 2011.

최윤희, “변호사보수에 관한 고찰 - 보수의 적정성, 성공보수 및 기타 관련 법리들에 관하여-”, 「일감법학」제47호, 건국대학교 법학연구소, 2020.

3. 일본문헌

兼子一/松浦馨 外, 條解 民事訴訟法, 東京: 弘文堂, 2011.

松本博之/上野泰男, 民事訴訟法, 東京: 弘文堂, 2015.

新堂幸司, 新民事訴訟法, 東京: 弘文堂, 2019.

伊藤眞, 民事訴訟法, 東京: 有斐閣, 2018.

[Abstract]

Whether the attorney's fee paid by a third party is included
in the litigation cost

Kwak, Seung-Koo*

The Supreme Court(sentenced on April 24, 2020, 2019Ma6990) recently made an important decision as to whether the litigation cost includes attorney's fee paid by a third party. That is, the attorney's fee, which is included in the litigation cost, includes not only what the parties actually paid under the remuneration contract, but also those agreed to pay after the fact. And even in the case of payment by a third party, if the circumstances deemed to be the same as those paid by the parties are recognized, it may be recognized as attorney's fee included in the litigation cost. And if not included, it is irrational. This is because, despite the fact that the attorney acted on behalf of the party, and as a result, a trial was finalized for the loser to bear the litigation cost, neither the party to the lawsuit nor the third party were reimbursed for the attorney's fee.

The above decision has an important meaning in that it has reaffirmed the past precedents regarding the pay-offism of attorneys' fee, and prevented the losing party from causing the unreasonable consequences of avoiding the obligation to repay the litigation cost. And in addition, it is important that it faithfully reflects the reality of lawsuits by receiving attorney's fee from a third party for various reasons, and also suggests guidelines on how to determine the amount of litigation costs in the future.

Keywords : Attorney's fee, Fixed fee, Contingency fee, Litigation cost,
The American Rule of cost, The English Rule of cost
(The loser pay rule)

* Ph.D. in law, Lawyer

