

# 일본 변호사배상책임보험제도 운영의 실태와 한국에 대한 시사점\*

- 변호사 배상책임보험의 의무화 논의와 면책조항의 해석 -

하 영 태\*\*

<차례>

I. 서론

III. 면책약관 조항의 해석론

II. 일본 변호사배상책임보험의 특징

IV. 결론(한국에 대한 시사점)

주제어: 일본의 변호사배상책임보험, 전문가책임보험, 권리보호보험, 변호사배상책임보험의 의무화, 면책약관, 변호사배상책임 특별약관

<국문초록> 변호사배상책임보험은 변호사가 법률서비스의 제공이라는 전문업무의 수행과정에서 불성실한 변론과 소송수행상의 과실 등으로 인하여 의뢰인 및 제3자에게 손해를 가한 경우에 부담하게 되는 법률적 배상책임 및 방어비용을 보상하는 손해보험을 말한다. 이러한 보험은 손해배상책임을 담보함으로써 변호사가 경제적 파산에 대한 두려움 없이 안정적인 업무수행을 할 수 있으며, 피해를 입은 고객에 대하여는 확실한 손해배상을 보장함으로써 생활의 안정과 전문직업인에 대한 신뢰를 회복시키는 기능을 수행하고 있다.

한국이 2002년에 변호사책임보험제도를 도입하여 운영하고 있는 것과 비교하여, 일본은 1976년 동 보험제도가 도입되어 시행되고 있지만 법률시장의 환경 등이 유사하고 비슷한 유형의 법제도를 가진 한국과 마찬가지로 변호과소송 및 변호사배상책임보험이 활성화 되어 있지 않다. 그러나 현대 사회는 발전할수록 전문가에게 점점 더 높은 수준의 전문지식과 엄격한 주의의무를 요구하고 있다. 따라서 앞으로 변호과오를 이유로 한 소송이 크게 늘 것이

\* 이 논문은 한국보험법학회 2014년 추계학술발표대회(2014.10.24)에서 발표하였던 원고를 수정보완한 것입니다. 사회자로서 좋은 코멘트 주신 김선정 교수님(동국대)과 지정토론 해주신 조성극 변호사님(법률사무소 지현)께 감사드립니다.

\*\* 동경대학교 법학연구소 객원연구원, 법학박사.

- 논문접수일(2014.11.15), 심사개시일(2014.12.6), 게재확정일(2014.12.20).

라고 예측되며 이에 대한 문제의식을 가지고 변호사배상책임보험의 안정적인 정착으로 대처하여야 할 것으로 보인다. 그리고 일본과 한국은 유사하게 법학전문대학원을 도입하여 변호사 수의 급격한 증가와 법조계의 소송환경의 변화로 잠재적 위험은 점점 증가하고 동 보험의 수요는 확대 될 것이라 예상된다. 본 논문에서는 일본의 변호사배상책임보험의 운영과 제도의 특징 등에 관하여 개괄적으로 살펴봄으로써 한국이 동 보험의 발전과 정착을 위해 어떻게 해야 할 것인지에 대한 시사점을 얻고자 한다.

## I. 서론

사회가 발전함에 따라 특정 직역이 세분화되고 이를 담당할 전문가 수요가 증가하여 왔다. 이에 따라 의사, 변호사, 공인회계사, 건축사, 세무사 등 일정 전문가의 수의 증가뿐만 아니라 간호사, 보험대리인, 부동산업자 등의 새로운 전문가가 출현하기도 하였다. 이러한 전문직 종사자는 소비자가 필요로 하는 특별한 서비스를 제공하는 긍정적 역할을 수행하여 왔다. 한편 전문직종의 특수성을 빌미로 전문가의 고의나 과실에 의한 손해를 고객이 감수해야하는 부정적인 현상이 당연시되기도 하였었다. 근래에는 의뢰인의 권리의식의 향상과 이에 대한 사회적 지원 메커니즘의 발전에 따라 전문직에 대하여 엄격한 책임을 물을 수 있는 환경으로 변화되었다. 즉 전문직에 종사하는 사람이 피보험자로서 그 직업과 관련하여 타인에게 끼친 손해를 보상하는 전문가 책임보험제도가 나타났다. 그 예로서 의사배상책임보험, 공인회계사배상책임보험, 임원배상책임보험, 변호사배상책임보험 등을 들 수 있다.

변호사배상책임보험은 변호사가 법률서비스의 제공이라는 전문업무의 수행과정에서 불성실한 변론과 소송수행상의 과실 등으로 인하여 의뢰인 및 제3자에게 손해를 가한 경우에 부담하게 되는 법률적 배상책임 및 방어비용을 보상하는 손해보험을 말한다. 이러한 보험은 손해배상책임을 담보함으로써 변호사가 경제적 파산에 대한 두려움 없이 안정적인 업무수행을 할 수 있으며, 피해를 입은 고객에 대하여는 확실한 손해배상을 보장함으로써 생활의 안정과 전문직업인에 대한 신뢰를 회복시키는 기능을 수행하고 있다. 한편, 손해배상액의 고액화(위험의 증가)로 인한 보험회사의 보험인수의 거절(보험위기)과 보험료의 고가로 보험가입의

저조 등 현실적인 문제도 안고 있으며, 임의적 가입국가 에서는 변호사책임보험의 의무화에 대한 의견도 제시되고 있다.

유럽의 경우 각 나라마다 보험제도의 운영상 차이는 있으나 대부분의 국가가 변호사책임보험을 의무보험으로 하고 있다. 특히 독일의 경우 변호사로 개업하기 위한 전제조건으로 변호사책임보험의 가입<sup>2)</sup>과 유지<sup>3)</sup>를 요구하고 있다. 프랑스의 경우도 국내에서 지역적 차이가 있지만 변호사의 업무상의 과실로 인한 민사책임에 대하여 의무적으로 배상책임보험을 가입하도록 하고 있다.<sup>4)</sup> 그리고 파리에서는 변호사회가 일괄적으로 보험을 가입하고 회원으로부터 보험료를 징수한다.<sup>5)</sup> 미국의 경우는 오리건주를 제외하고 대부분의 주에서는 변호사책임보험의 가입이 강제되어 있지 않지만<sup>6)</sup> 미국의 변호사 협회(ABA: American Bar Association)는 윤리규정에서 변호사책임보험 가입여부에 대한 공시제도를 시행하고 있다.<sup>7)</sup>

일본의 경우 변호사직역과 관련한 환경이 우리나라와 비슷하여 변호사책임보험제도의 도입과 실시 등이 유사하다. 즉 1976년 변호사책임보험제도를 도입하였으나 임의보험제도로 운영되고 있으며 가입실적이 저조하여 보험가입강제에 대한 논의가 진행되고 있다.

우리나라는 1970년대부터 전문가책임에 관한 논의가 있었으나, 변호사 배상책임보험은 2002년에야 도입 되었다. 현재는 변호사책임보험제도의 활성화를 위한 논의가 진행 중에 있다.

본고에서는 우리나라와 법조환경이 유사한 일본 변호사배상책임보험 제도의 운영 현황을 검토하여 변호사배상책임보험의 활성화와 안정적인 발전을 위한 방안을 제시해 보고자 한다. 구체적으로 일본변호사법상 변호사의 의무와 책임, 변호사책임보험의 내용, 변호사책임보험의 운영 형태, 변호사책임보험가입의 의무화 논의의 재검토, 최근 판례의 동향으로 면책조항의 해석에 관한 논쟁을 차례로 검토하

2) 독일변호사법 제12조 제2항.

3) 독일변호사법 제14조 제2항.

4) 정태윤, 「프랑스의 변호사책임론」, 「변호사책임론」, 한림과학총서 제55호, 1998, 283면.

5) 片山達, 「弁護士賠償責任保険の義務化」, 自由の正義(第61卷, 第11号), 2010.11, 75頁.

6) 片山達, 上掲論文, 75頁.

7) [http://www.americanbar.org/jcprjclientprojmalprac\\_disc\\_rule.pdf](http://www.americanbar.org/jcprjclientprojmalprac_disc_rule.pdf).(2004년 윤리규정을 신설하여 변호사 책임보험의 가입여부를 공시하도록 하고 있고 변호사 등록 갱신시에도 보험가입여부를 신고하도록 하고 있다).

여 한국에 대한 발전적인 시사점을 도출해 본다.

## II. 일본 변호사배상책임보험의 특징

### 1. 변호사의배상책임의 법적기초

#### (1) 변호사의 배상책임의 법적근거

##### 1) 변호사의 직무규정

일본의 변호사 직무에 관한 규정은 일본변호사법에 잘 나타나 있다. 법 제1조(변호사의 사명)는 “변호사는 기본적 인권을 옹호하고 사회정의를 실현하는 것을 사명으로 한다”(제1항), “변호사는 제1항의 사명에 입각하여 성실하게 그 직무를 수행하고 사회질서유지 및 법률제도 개선에 노력해야 한다”(제2항), 법 제2조(변호사 직무의 기본)는 “변호사는 항상 교양을 쌓고 품위유지를 위해 노력하고 법령 및 법적 사무에 정통해야 한다”, 법 제3조(변호사의 직무범위)는 “변호사는 당사자, 그 외의 관계인의 의뢰 또는 관공서의 위촉에 의해서 . . . 법률 사무를 행하는 것을 직무로 한다”라고 규정하고 있다.

법 제1조와 법 제2조는 변호사의 공익적 역할을 나타내는 것으로서 바람직한 변호사의 모습을 표현한 것이고, 법 제3조는 당사자의 대리인으로서 변호사의 역할을 나타냄과 동시에 구체적인 변호사의 직무범위를 규정한 것으로 해석된다.<sup>8)</sup> 그리고 동법 제1조에서 말하는 “사회정의”의 의미에 대하여 여러 가지 의견<sup>9)</sup>이 있으나, 법적정의와 배분적 정의 및 실질적 정의를 모두 포함한 것을 전제한 사회생활상의 정의라고 일반적으로 보고 있다.<sup>10)</sup>

8) 변호사법 제1조와 제2조는 구변호사법(1933년 5월 1일, 법률 제53호)에 없던 것을 현행변호사법에 새로이 규정한 것이다. 판사, 검사, 공무원에 대하여는 헌법 제99조에 헌법 존중과 기본적 인권의 옹호의무가 정해져 있으나, 공익적 역할을 하는 변호사는 공무원이 아니기 때문에 공익적의무가 없었다. 이러한 법적 공백을 제거하기 위해 변호사법으로 규정하게 되었다.

9) 福原忠男, 「増補弁護士法(特別コンメンタル)」, 第一法規, 1990年, 40頁.

10) 日本弁護士連合會調査室編著, 「條解弁護士法第三版」, 弘文堂, 2003年, 15-16頁.

## 2) 변호사의 역할의 경합

변호사는 변호사법 제1조 제1항에 따른 기본적 인권을 옹호하고 사회정의를 실현 하여야 할 공익적 역할과 동법 제3조에 따른 당사자나 그 외 관계인의 의뢰에 의한 법률적 사무를 처리해야 할 대리인으로서의 역할이 중첩적으로 주어져 있다. 이러한 두 가지의 의무내지 역할은 현실적으로 모순되거나 충돌되는 모습을 보이기 때문에, 어떻게 양자의 역할을 균형 있게 수행할 것인가가 변호사의 직무책임의 논의에 기본이 되는 전제이다.<sup>11)</sup>

현실적으로 두 가지의 역할에서 어떤 성격을 우선시 할 것인가에 대한 정당성 논쟁은 있을 수 있다. 이에 대한 논쟁은 쉽지 않아 보인다. 결국은 양자의 역할을 어떻게 조화롭게 할 것인가로 귀결된다. 따라서 양자의 균형을 방법으로는 변호사의 당사자의 대리인적 성격을 공익적 성격인 사회정의로 한계를 설정하는 것이 합리적으로 보인다. 즉 변호사는 의뢰자와의 신뢰 관계에 근거하는 선관주의의무에 따라 최대한의 노력을 하여 의뢰자의 권리실현 또는 이익옹호에 전력을 다해야 하지만, 이러한 노력들이 사회정의나 그 외의 다른 규범 또는 공익적 가치에 저촉되어서는 안 되는 것이다.<sup>12)</sup>

그리고 균형 잡힌 변호사의 직무란 “변호사는 의뢰자와 대등한 관계 속에서 위임인의 요구에 맞는 법적 서비스를 제공하기 위하여 끊임없이 노력하여야 되고 또한 학문적인 법적 기초이론과 특수기능을 숙지하여 이에 기초한 전문직업인으로서의 역할을 하는 것이다. 즉 불특정 다수의 고객으로부터 의뢰된 구체적 요구에 적절한 법적 서비스를 제공하고 더불어 사회전체의 이익도 고려하는 직업이다”라고 한다.<sup>13)</sup> 이것은 변호사의 바람직한 직무상이라고 해석되고 있다.

상기의 견해는 이론적으로 확실하고 명쾌한 견해라고 할 수 있지만 일반적으로 변호사가 구체적인 사례에 접했을 때 두 가지 역할을 조화롭게 수행할 수 있

11) 이러한 변호사의 두 가지 성격의 충돌문제는 표현만 다를 뿐 외국에도 동일하다. 미국의 경우는 1983년 변호사업무 모범규칙 전문에서 “변호사는 의뢰자의 대리인인 것과 동시에, 사법제도의 담당자이며 사법질서 유지에 대하여 특별한 책임을 지는 공인이다”라고 규정하고 있으며, 독일의 경우에는 독일 변호사법 제1조부터 제3조에 걸쳐서 ‘변호사는 독립된 사법기관이며 ‘자유롭게 직무를 수행하고 모든 법적 사건에 대하여 독립적으로 조언자 및 대리인이 되는 자격을 가진다’라고 규정하고 있다.

12) 加藤新太郎, 「弁護士役割論新版」, 弘文堂, 2000年, 67頁.

13) 小島武司, 「弁護士・・・その新たな可能性」, 學陽書房, 1980年, 2-37頁.

을지는 어려운 문제이다. 이것은 결국 변호사의 책임론이나 변호사의 윤리와 밀접한 관계있는 것으로 계속적 연구가 필요하다.

### 3) 성실의무의 성격

일본 변호사법 제1조 제2항에서는 변호사의 '성실의무'를 규정하고 있는데, 일본 민법 제644조의 위임계약상 '선관주의의무'와의 관계를 어떻게 해석하느냐에 대하여 학설대립이 있다. 즉 성실의무가 변호사의 민사책임의 기초가 되는 법적 의무인지 윤리적(규범)의무인지의 논쟁이다.

통설적 견해는 성실의무는 선관주의의무가 더욱 가중된 독립적인 법적의무로 본다. 즉 변호사는 애초 수임자로서 위임의 본질에 따라 법률 전문가로서 선량한 관리자 주의의무를 가지고 위임사무를 처리해야 하며, 거기에 더하여 성실의무가 추가되어 진다고 본다.<sup>14)</sup> 이에 대해 반대설은 법률전문가인 변호사의 선관주의의무는 전문적 지식에 근거하여 해당사안을 객관적으로 적절하게 처리해야 할 의무이며, 수임자가 아마추어일 경우에 비하여 가중된 의무이긴 하지만, 사안의 종류나 상황에 따라 요구되는 주의의 경중의 차이만 있기 때문에 성실의무에 의해 가중도 확대도 할 필요 없는 의무로 보고 있다. 즉 성실의무를 독자적인 법적의무로 보지 않고 윤리적의무로 보고는 견해이다.<sup>15)</sup> 이와 같이 성실의무에 대한 법적성격이 나누어져 있으나 후자의 견해도 변호사의 직무상 가지는 본래의 선관주의의무를 “전문 지식에 근거하여 해당 사안을 객관적으로 최선을 다해 처리해야 할 의무”로 보기 때문에 실질적으로 변호사의 민사상의 책임을 검토하는데 있어서 결론을 같이할 수 있다.

## (2) 변호책임(과오)의 내용

### 1) 변호사와 의뢰자의 관계

변호사의 민사상의 책임 문제는 의뢰자 또는 제3자와의 관계에서 변호과오를

14) 福原忠男, 前掲書, 45頁. 그 외 성실의무는 수임자인 변호사가 법률가라는 전문가에 속하기 때문에 통상의 선관주의 의무가 가중된 것(伊藤員, 「弁護士と当事者」講座民事訴訟3, 弘文堂, 1984年, 123頁), 성실의무는 변호사의 직무의 공익성이나 특수성에서 통상의 선관주의의무가 가중된 것(加藤新太郎, 前掲書, 9頁)이라고 한다.

15) 鈴木重勝, 「弁護士の民事責任」判例研究, 取引と損害賠償, 商事法務研究會, 1989年, 256頁.

함으로써 표면화 된다. 변호사의 책임은 주로 계약상의 책임으로 구성된다. 즉 변호사가 당사자나 그 외 관계인으로부터 의뢰를 받아 소송 등의 법률사무를 처리하는 것은 민법상의 위임계약이다. 따라서 위임에 관한 민법 제644조의 선량한 관리자 주의의무가 적용된다.<sup>16)</sup> 의뢰자가 변호사의 책임을 추궁하는 법적근거는 앞에서 살펴본바와 같이 민법 제644조의 선량한 관리자 주의의무와 변호사법 제1조 제2항의 성실의무라고 할 수 있겠다.

변호사는 법률적 전문직업인으로서 의뢰자와 사이에는 신임관계로 구성되기 때문에 의무의 범위는 직접적인 수임사무에 그치지 않고, 수임사무에 밀접하게 관련된 사항에 미친다는 주장에는 이론이 없다. 그리고 위임계약상의 부수적 의무로는 수임자의 보고의무(민법 제645조)와 수취물 등 인도의무(민법 제646조)<sup>17)</sup>가 있다. 더 나아가 선관주의의무나 성실의무 내용의 일부를 구체화한 의무로는 비밀유지의무(변호사법 제212조), 직무회피의무(동법 제25조), 의뢰거절 통지의무(동법 제29조)가 있다.

그리고 변호사의 제3자에 대한 민사상 책임의 법률구성은 일반적으로 소송수행이나 강제집행, 보전처분 등과 관련하여 변호사가 제3자의 권리(재산상, 정신적 손해)를 침해했을 경우에 발생하고, 불법행위를 구성하게 된다.

## 2) 변호책임의 내용

### 가) 설명의무(보고의무)

변호사의 직무 수행상 모든 단계에서 일반적으로 요구되는 의무가 의뢰자에게 위임내용과 관련한 설명의무이다.<sup>18)</sup> 이것은 변호업무의 고도의 전문성에서 오는

16) 일본 민법 제644조는 “수임자는 위임의 본지에 따라 선량한 관리자 주의의무로 위임사무를 처리하여야 한다”고 규정하고 있다.

17) 법률부조사건을 수임한 변호사와 법률부조협회와의 계약내용에 의뢰인으로부터 받은 금액은 직접 협회에 인도해야 한다고 규정되어 있다고 하더라도 수임변호사는 동 금액을 의뢰자에게 인도해야 할 의무가 있다(도쿄 고등재판소 1971년 4월 22일 판결:判夕 256号 2128頁), 상속세 납세사무의 처리를 의뢰받은 변호사가 의뢰자로부터 수령한 금액을 변호사의 보수나 사무처리 비용으로 취득하고 의뢰자에게 반환의무가 없다고 하려면, 그 보수나 비용의 입증책임은 수임변호사에게 있다(도쿄 지방재판소 1989년 12월 25일 판결(判時 1361号 72頁). 이러한 수임변호사의 예탁금등의 반환 의무는 위임계약상의 직접적인 의무이행을 요구하는 것이고 채무불이행 등의 손해배상청구는 아니다.

18) 변호사와 의뢰자 사이의 충분한 의사소통이 필요하다는 Informed Consent 법리의 적용.

변호사의 재량성과 의뢰자 측의 의사 존중과 자기결정권의 보장을 조정하는 중요한 의무가 된다. 따라서 변호사의 직무책임 내용에서 많은 부분을 차지하고 있다. 이와 관련한 판례를 살펴보면 화해의 성립이나 보수의 내용에 대한 설명의무 위반의 사례가 가장 많다.<sup>19)</sup> 그러나 변호사의 설명의무위반으로 손해배상을 인용한 사례는 거의 없고 대부분 해당변호사가 화해의 경과 등 필요한 법률문제에 대해 설명하고 있었다는 사실인정으로 손해배상청구를 기각하고 있다.

이와 같이 변호사의 설명의무에 대해서는 분쟁예방 및 입증곤란해소 관점에서, 첫째, 설명이 있었다는 사실 및 그 내용에 관한 기록화가 필요하다. 둘째, 설명의 정도의 구체적 범위나 기준이 요구 되어 진다. 첫째문제와 관련하여서는 의료책임에서 요구되는 의사법 제24조의 진찰기록의 법정문서화 제도를 변호사 책임에도 도입도 생각해 봄직하다.<sup>20)</sup> 즉 변호사의 직무상 중요한 사항에 대한 설명·보고사항 등의 보고서, 연락문서 등을 사건기록 문서로 보존하는 것이다. 둘째문제와 관련하여서는 설명 정도의 기준을 정해야 한다. 구체적으로 i) 변호사는 의뢰자가 제공하는 사실관계를 법적관점을 고려해서 설명한다, ii) 변호사는 의뢰자가 직면하고 있는 문제 사안에 대응할 수 있는 법적수단을 선택할 때, 본인이 최적의 수단이라고 생각하는 것 이외의 대체수단의 이익형량에 대하여 설명하여야 한다, iii) 변호사는 의뢰한 사안의 분쟁해결수단 변경이나 해결방향을 결정할 때는 의뢰인의 포괄적 승낙에 관계없이 의뢰자의 최종적 의사를 확인하여야 한다.<sup>21)</sup>

#### 나) 적절한 법률상담의무

변호업무에서 첫 번째 단계는 의뢰자(상담자)가 변호사와 자신의 문제에 대한 법적판단이나 해결방안을 구하는 법률상담이다. 이 단계에서의 변호사의 책임은 사실관계의 청취나 확인 과정에서 의뢰자의 정보를 적절히 취합정리하여 의뢰

19) 지바 지방재판소 1990년 8월 23일 판결(判夕 748号 231頁), 도쿄 지방재판소 1994년 8월 25일 판결(判夕 894号 216頁), 도쿄 지방재판소 1998년 2월 5일(判夕 1008号 178頁), 오사카 지방재판소 1999년 2월 15일 판결(判時 16888号 148頁) 등의 판결이 있다.

20) 의료분야에서의 설명의무의 정도나 기준에 관한 활발한 논의가 있다. 학설로는 醫師說, 具體的 患者說, 二重基準說(구체적 환자설을 전제로 합리적 의사설을 중첩적용)로 대립되고 있으나 판례는 의사설을 채택하고 있는 것으로 해석된다(최고재판소 제2 소법정 1981년 6월 19일 판결).

21) 加藤新太郎, 前掲書, 16-17頁.

자의 의도를 정확하게 이해하고, 증명 가능한 자료에 근거한 사실관계를 인식하는데 있다.<sup>22)</sup> 판례는 법률상담의 성질을 “법률상담에서의 상담의 결과는 본질적으로 상담자에게 어떠한 구속력이 있는 것이 아니고 조언이나 지도의 영역을 넘지 않는 것이다”, 또한 변호사의 불법행위의 성립요건을 “변호사가 고의로 부당한 의견을 말해 상담자를 오도하고, 통상 기대되는 조언이나 지도로서의 적절함의 현저한 결여로 인한 신뢰를 바탕으로 행동하여 손해를 입었을 경우 불법행위가 성립 한다”라고 판시하였다.<sup>23)</sup> 그리고 법률상담에서의 변호사의 상담수준은 ‘의사의 일반적 의료수준에 해당하는 평균적 변호사의 ‘일반적 지식기능 수준이 요청된다. 이러한 수준은 법률상담장소 뿐만 아니라 변호사의 직무전반에서 의무위반 유무의 판단기준이 된다. 더 나아가 변호사의 일반적 지식기능 수준이 변호사의 전문성이나 지역성에 따라 차이가 날 수 있는지 검토해보면, i)지역성과 관련한 차이는 인터넷 등의 정보전달의 발달로 거의 없다고 보인다, ii)현재 일본에서는 변호사 업무가 전문분야(지적재산분야, 의료사고분야, 도산사건분야 등)로의 세분화가 진행되고 있으며, 새로운 제도의 창설과 법 개정으로 전문사건 상담의 경우 고도의 전문성과 특수한 지식이 요구된다. 따라서 전문성과 관련한 상담수준의 차이는 현격하다고 보인다. 이러한 전문적인 사건 상담의 요청이나 의뢰가 있을 경우 변호사는 스스로 전문적인 지식이 없거나 상담하는 것이 적절하지 않을 때는 상담을 거절하거나 다른 전문변호사의 소개나 공동으로 수임해야 할 의무를 고려해야 할 것이다.

#### 다) 성실한 직무집행 및 종료의무

구체적으로 변호사는 의뢰자와 사이에서 의무관계의 과정은 사안의 확인과 법적검토, 사안의 해결을 위한 법적수단방법의 선택, 선택된 수단과 방법의 집행과 적절한 위임관계의 종료로 진행된다. 이 단계에서도 앞서 언급한 선관주의의무나 설명(보고)의무 등은 당연히 필요하나, 특히 중요시 되는 의무는 “심판을 받

22) 加藤新太郎, 上掲書, 151頁.

23) 지방자치단체의 무료법률상담 사건: 도쿄 지방재판소 1982년 5월 10일 판결(判夕 485号 128頁), 그리고 변호사의 불법상담의 판단기준은 “상담사항을 둘러싼 사실관계, 증거의 유무, 법률상의 문제점, 상담자의 목적이나 의도, 해당 법률상담을 마련한 주최자의 목적 등 제반사정을 고려해서 결정하여야 한다”라고 판시 하였다.

을 기회나 기대를 보호해야할 의무”, “의뢰자의 손해를 방지해야할 의무”라고 본다.<sup>24)</sup> 특히 이 단계에서는 소송수행과정에서 전략적인 관점에서 보면 전문가로서의 변호사의 재량이나 독자성이 많이 작용되는 특징이 있다.

변호업계 실무상, 의뢰자의 심판 등 절차를 받을 권리기대권 보호의무 위반이나 손해를 방지해야할 의무위반이 문제가 되는 재판사례<sup>25)</sup>를 검토해보면, 변호사가 완전한 불성실이나 부적절한 대응, 위임사무의 고의적 방치를 했던 사례보다는 법률해석의 잘못이나 시효기간, 제척기간, 신고기간 등(예: 채권의 소멸시효, 유류분 감액 청구권의 시효, 상속포기기간 등)을 깜빡 잊고 법정의 권리행사를 하지 못해 권리를 소멸시키거나 그 행사의 기회를 잃게 하는 등의 경우가 더 많았다.<sup>26)</sup>

그리고 위임의 종료와 관련하여 “상소의 기회를 보호해야 할 의무”가 중요하다. 즉 수임사무가 소송수행 이라면, 판결 선고가 있다면 직무는 종료하게 될 것이지만, 패소판결을 받았을 경우는 해당 판결을 검토해서 의뢰자에게 전달과 동시에 상소에 실익여부에 대해 조언할 의무가 있다. 이러한 상소기회 보호 의무는 상소에 관한 수권여부에 관계없이 주어지는 의무이다.<sup>27)</sup> 실제로 실무상에서 변호사의 과오 사례로서 상소기간을 넘긴 사례가 상당한 비중을 차지하고 있다<sup>28)</sup> 그러나 상소심에서의 승소전망에 대한 명확한 입증이 없는 한 변호사의 기한초과의 과오와 상당인과관계가 인정되기 어려운 점이 있다.

이 단계에서는 변호사의 직무책임의 내용판단이 불명확할 수 있으므로 책임을 명확하게 묻기 위해서는 위임사무를 명확하게 할 필요가 있다.

24) 加藤新太郎, 前掲書, 157頁.

25) ①도쿄 지방재판소 1992년 4월 28일 판결(判夕 811号 156頁): 변호사가 소송수행 중인 피고사건을 의뢰 받으면서 의뢰자에게 기일변경 신청서 제출만 지시하고, 원고 본인 심문기일에도 출석하지 않고 실질적인 주장입증을 활동을 하지 않은 채 패소판결을 받았으며, 이것을 확정 시켜 의뢰자가 강제집행까지 받게 한 사안에서 변호사에게 착수금의 일부반환과 위자료 200만 엔을 인용하였다. ②도쿄 지방재판소 1977년 9월 28일 판결(判時 886号 71頁): 계속 중인 금전채권이 급부 소송의 속행 및 새로운 소송의 제기(저당권 설정등기 절차 청구)와 그 보전처분 신청에 대해 위임을 받으면서, 진행의 해태로 채권과 저당권 모두 시효소멸 시킨 변호사에게 채무불이행에 의한 손해배상을 인정하였다. 등의 다수 판례가 있다.

26) 全國弁護士協同組合連合會編, 「弁護士賠償責任保險最新事例集」, 全弁協叢書, 2000年, 35頁.

27) 東京地判 1971年 6月29日(判時 645号 89頁)參照.

28) 全國弁護士協同組合連合會編, 前掲書, 44頁.

## 2. 변호사배상책임보험

### (1) 의의 및 기능

일본의 변호사배상책임보험은 손해보험의 분류 중 신종보험의 일종이며, 1953년 12월 허가를 받은 배상책임보험의 한 내용이다. 1976년에 처음으로 임의보험의 형태로 보험시장에 등장 하였다.<sup>29)</sup> 변호사 책임보험은 의사인 전문가가 지는 책임과 달리 의뢰자(또는 제3자)의 신체장애가 아니고 원칙적으로 일반재산(재물)에 대한 손해로 한정하고 있는 특징이 있다.

변호사 책임보험이란 전문직업인 배상책임보험의 일종으로 변호사가 업무수행상의 과실로 의뢰인이나 제3자에게 손해를 입힌 경우 그 손해를 배상해 주는 보험이다.<sup>30)</sup> 변호사 책임보험은 피보험자가 지는 손해를 보장하는 손해보험이 일종으로 보험의 본질적 기능인 리스크 감소와 회피적 기능, 부수적 기능인 피보험자 보호와 피해자 보호기능 및 신용의 증가 와 사고예방의 기능이 있다.<sup>31)</sup> 따라서 변호사 책임보험은 변호과오에 대한 손해배상책임을 담보함으로써 변호사가 경제적 파산에 대한 두려움 없이 지속적인 업무수행이 가능하며, 한편으로 피해를 입은 의뢰인 등에게 확실한 손해배상을 보장함으로써 피해를 보호할 수 있게 된다. 또한 전문가로서 변호사가 보험을 가입할 경우 의뢰인에게 신뢰를 줌으로써 신용이 증가 될 수 있다. 그리고 보험료는 책임리스크에 의해서 결정되므로 빈번한 보험사고의 발생은 순보험료의 증가를 가져온다. 이것은 피보험자의 사고방지 내지 감소의 인센티브가 될 수 있다.<sup>32)</sup>

### (2) 변호사배상책임보험의 구조

일본의 변호사배상책임보험의 운용 구조는 일본전국변호사협동조합연합회를 통

29) 그 외 의사배상책임보험은 1963년에 시행되었고, 건축가배상책임보험 및 공인회계사배상책임보험은 1971년부터 시행되었다(藤井俊雄, “職業的責任保險”, 現代契約法大系 VI, 1984.3, 228-230頁).

30) 배기석·배소민, “변호사 배상책임보험에 관한 소고”, 부산대학교 법학연구 제54권 제1호(통권75호), 2013, 216면 참조

31) 李 芝妍, “弁護士賠償責任保險契約に關する若干の考察”, 東洋法學 53卷 2号, 2009.12, 149-150頁.

32) 峰島德太郎, 「損害賠償法と責任保險の理論と實務: 弁護士賠償責任保險」, 信山社出版, 2005年, 360頁.

하여 변호사배상책임보험에 가입하며, 배상책임보험의 “보통보험약관(이하 보통약관 이라 한다)”과 이에 대한 특별규정으로 “변호사직업위험특별약관(이하 특별약관 이라 한다)”에 의해 규율되고 있다. 여기에서 일반규정과 특별규정은 일반적인 의미로 보충적인 관계<sup>33)</sup>가 아니라 두 규정의 고유한 내용이 있어 함께 적용되는 보완관계인 특징을 가지고 있다.<sup>34)</sup> 특별약관은 ‘변호사 특약조항<sup>35)</sup>’과 ‘수탁자 특약조항<sup>36)</sup>’으로 구성된다. 전보책임과 관련하여 구체적으로 보면 보통약관 제1조는 ‘피보험자가 특약조항 기재의 사고에 의한 이라고 한정하고, 특약조항 제1조 제1항은 ‘보통약관 제1조의 규정에 관계없이, 피보험자가 변호사법 제3조에 규정하는 변호사의 자격에 근거해 수행한 업무에 기인하여 발생한 부분의 법률상의 배상책임을 부담 한다’고 규정한다. 그리고 특약조항 제2조(배상청구기간연장 담보조항)에 전보되는 손해를 보험기간 중 또는 보험기간 종료후 5년 이내 내지 10년 이내에 일본 내에서 손해배상 청구 되었을 경우로 하고 있다. 그리고 특약 조항 제10조에서는 ‘이 특약 조항에 규정되지 않는 사항에 대해서는, 이 특약에 반하지 않는 이상 보통약관의 규정을 적용 한다’라고 하여 변호사 특약조항의 경우는 특약이 주가 되고 보통약관이 종의 되는 관계에 있다.

### (3) 변호사배상책임보험의 내용

#### 1) 보험금부의 요건(보험사고)

보험자의 금부 의무가 발생하려면 보험사고가 명확해야 한다. 그런데 책임보험의 경우는 사고의 복수성, 시간적 간격 등으로 손해의 가시화가 어렵고, 청구시점이 불확정하여 보험사고의 구체화가 쉽지 않다. 이와 관련하여 ‘손해사고설’,

33) 일반적으로 보통보험약관이 모든 보험계약에 당연히 적용되는 보편성을 가지고 있으며, 특별약관은 이러한 보통약관을 일부 변경하거나 추가하는 경우에만 필요로 하는 보충적 의미를 가지고 있다.

34) 東京海上火災保險株式會社編, 「損害保險實務講座第七卷新種保險(上)」, 1989年 初版 291-292; 이러한 구조를 가지게 된 이유는 배상책임보험이 외국에서 도입될 때 무비판적으로 도입된 이유도 있지만, 배상책임보험의 대상이 매우 다양하여 단일의 보통보험약관으로는 모든 사안을 기술할 수 없었기 때문이다(6). 그리고 특별약관은 보험상품을 판매하는 회사마다 조금씩 다르며, 여기서 언급하는 약관은 전국변호사협동조합연합회와 계약을 체결하고 있는 손해보험재원의 것임을 밝힌다.

35) 여기에는 변호사법인 추가조항, 배상청구기간 연장·담보 추가조항, 일자 데이터처리등에 관한 불담보 추가조항이 있다.

36) 여기에는 시설담보 추가조항이 있다.

‘청구사고설’, ‘책임부담설’ 등의 보험사고 화정에 관한 학설이 대립되어 있다. 그러나 보험실무 차원에서는 우선적으로 보험약관을 면밀히 검토하여 보험사고를 분명히 하는 것이 중요하다고 본다.

### ① 변호사의 업무로 인한 법률상 손해배상

우선 보험금이 지급되려면 변호사법 제3조(변호사의 직무범위)<sup>37)</sup>에 규정된 ‘일반적 법률사무를 원인으로 한 보험사고여야 한다(특별약관 제1조 제1항). 그리고 후견인, 보좌인, 상속재산관리인, 청산인, 관재인, 파산관재인, 정리위원 등의 자격에서 법률사무를 하는 것을 포함한다(특별약관 제1조 제2항). 이것은 변호사가 변호업무 이외의 지위에서 일반적 법률사무를 할 수 있기 때문에 주의적으로 규정된 것이다.<sup>38)</sup> 그러나 사안에서 문제가 되고 있는 해당행위가 일반적 법률사무에 해당하는지는 그 것의 성질을 검토하여 실질적으로 판단하여야 한다.<sup>39)</sup> 다음으로 보험보호의 대상이 되는 것은 ‘법률상의 배상책임을 부담하는 것에 의해서 입은 손해’일 것을 요한다. 여기서 ‘법률상의 손해배상 책임’이란 주로 불법행위 책임을 의미하나 계약책임을 적극적으로 배제하지는 않는다. 그러나 민법 제117조의 금전이행청구권 등 계약상의 이행청구권이나 대상청구권 등은 손해배상책임이 아니므로 보호대상이 아니다. 그리고 여기서 ‘손해’란 손해배상금을 지급한 것을 의미하는 것이 아니라 일반적으로 손해가 발생하는 것으로 충분하다.

### ② 보험기간 내에 발생과 청구될 것

일본 변호사 책임보험에서 보험사고 시점을 손해를 입은 의뢰인 등이 변호사를 상대로 손해배상을 청구하였을 때로 보고 있다(청구시설: 특별약관 제2조<sup>40)</sup>).<sup>41)</sup> 즉 약관은 보험기간 중에 수행된 업무와 관련되어야 하고 보험기간 개시전의 업

37) 일본변호사법 제3조는 ‘변호사는 당사자 기타 관계인의 위임 또는 공무소의 위촉 등에 의하여 소송에 관한 행위 및 행정처분의 청구에 관한 대리행위와 일반 법률사무를 행함을 그 직무로 한다고 규정되어 있다.

38) 落合誠一, “専門家の民事責任”, 「専門家責任保険」, 安田火災記念財団, 1994, 24頁.

39) 落合誠一, 上掲論文, 114頁.

40) 특별약관 제2조: 피보험자가 보험기간 중에 수행한 업무에 기인하여, 보험기간 중 또는 보험기간 종료 후 5년 이내에 일본국 내에서 손해배상청구를 받은 경우에만 보험자는 손해를 전보할 책임이 있다.

41) 그러나 배상책임 보험 보통약관 제1조는 위반행위시설을 취한다.

무수행에 의한 것은 보장되지 않는다. 그리고 이미 보험전보 대상이 되는 손해가 발생되었거나 그 원인의 발생사실을 알고 있었을 때는 무효가 된다(보통약관 제 12조 제3항). 보험기간 중이라도 보험료 영수전의 사고는 보장되지 않는다(특별약관 제9조 제3항, 보통약관 제5조 단서). 특별약관상 청구는 보험기간 중이 아니어도 보험기간 종료 후 5년 이내 가능하고 기간 연장은 10년이 가능하다. 보험기간은 1년으로 전국변호사협동조합연합회와 계약한다. 그리고 1년마다 갱신되며 매년 7월1일 오후 4시를 기산점으로 하고 있다(보통약관 제5조). 그 외 보험사고 청구지역 제한은 일본으로 한정된다. 즉 일본 외에서 소송이 제기된 경우나 손해배상의 의사표시가 있었을 경우는 포함되지 않는다. 이것은 보험사고 분쟁에 관하여 일본 내에서 공격·방어할 수 있도록 하기 위한 것이다. 따라서 국외의 사고라도 일본 내에서 청구되었을 경우는 인정될 수 있다.

## 2) 보험금부의 내용(효과)

보험금부의 내용은 보험계약에 나타난 의사<sup>42)</sup>에 따라 손해를 전보하는 것이다(보허법 제18조). 그러나 손해액의 전부를 배상하는 것은 아니고 전보되는 액수는 보통약관 제2조의 해석에 따라 보험금액의 한도액이 정해지며, 보험자는 1회에 한하여 보험금 지급 책임을 진다.<sup>43)</sup> 또한 보통약관 제2조 제3항에 의해서 소송비용과 협력비용은 보험금에서 제외하고 있다.<sup>44)</sup>

### ① 손해배상금(보통약관 제2조 제1항 제1호)

제1호는 ‘피보험자가 피해자에게 지불하여야 할 손해배상금’이라고 규정하고 있다. 여기에서 손해배상금이란 원칙적으로 경제적손해로 금전의 배상(민법 제417조, 제722조)으로 한정된다. 따라서 원상회복비(민법 제723조)나 이행의무(민

42) 실질적으로는 보험약관(특별, 보통) 규정의 해석에 따라 달라질 수 있다.

43) 배상책임보험 보통약관 제3조 제2항 제2호: 다수의 위반행위에 기인하는 단일한 손해와 관련하여 혹은 단일한 수임사건을 처리하면서 일어난 모든 위반행위와 관련하여 다수의 자가 배상의무를 지더라도 보험자는 오직 1회의 보험금 급부의무를 진다. 그리고 변호사 배상책임보험 특별약관 제7조는 “손해배상청구자의 수의 여하를 묻지 않고 동일한 업무에 기인하는 모든 손해배상청구”를 하나의 보험사고로 규정하고 있다.

44) 배상책임보험 보통약관 제2조 제3항: 1회의 사고에 대하여 당회사가 전보하여야 할 금액은 제1항 제4호(소송비용) 및 제5호(협력비용)를 제외하고 제1항 제1호 내지 제3호의 금액의 합산액이 보험증권에 기재된 면책금액을 초과하는 부분으로 하고, 보험금액을 한도로 한다.

법 제117조)는 제외된다. 그리고 손해배상금은 피보험자가 피해자에게 변제유무 불문하고 책임부담 그 자체를 의미한다. 그 외 판결에서 인용한 이자, 지연손해, 청구권자 에게 지불해야할 소송비용도 포함된다.

② 손해방지 경감비용, 긴급조치비용(보통약관 제2조 제1항 제2호, 제3호, 제3조 제1항)

구상권 보존비용(보통약관 제16조 제2항), 방지경감의 필요비용(보통약관 제16조 제3항), 응급긴급비용(보통약관 제16조 제3항)은 정해진 보험금액 한도 내에서 전보된다(동 보통약관 제2조 제3항). 그리고 손해방지의무는 방지의무자인 보험계약자 또는 피보험자가 정당한 이유 없이 의무 위반했을 경우, 방지 경감할 수 있었던 손해액은 공제하고 보험액을 결정하는 감액주의를 취하고 있다.

③ 쟁송(방어)비용(보통약관 제2조 제1항 제4호)

쟁송비용이란 소송비용, 변호사 보수 또는 화해, 조정, 중재 등에 필요한 비용으로 손해방지비용의 성격에 가깝다. 이러한 쟁송비용을 보험금에 포함시킬지 여부가 논의<sup>45)</sup> 될 수 있지만 보통약관 제1항과 제3항에 쟁송비용을 보험자의 부담으로 하면서 보험금에는 포함시키지 않고 있다. 그리고 쟁송비용의 청구는 당회사의 승인을 청구하고 있다. 이것은 남소에 의한 불필요한 비용지출은 보험자에게 전가되고, 다른 보험가입자에게 보험료 증액의 부담이 되는 것을 방지하기 위해 규정하였다. 또한 쟁송비용 액수의 정당성을 얻기 위해 변호사 배상책임보험 심사회에 의견을 듣도록 하고 있다.<sup>46)</sup>

④ 협력비용(보통약관 제2조 제1항 제5호)

협력비용이란 피보험자가 보험자에게 협력하기 위해서 필요한 비용을 말한다. 즉 보통약관 제16조 제1항에 의하여 보험계약자 또는 피보험자는 보험자에게 사고발생과 손해배상의 내용 등을 서면으로 통지 하여야 하는데, 이때 보험자는 보

45) 포함된다고 보면 보험자 측의 소송참여가 남용될 수 있다. 보험자는 급부할 보험금의 대부분을 손해배상청구에 대한 변제보다는 소송비용으로 지출할 것이기 때문에 피보험자와 피해자 모두에게 불이익이 될 수 있다.

46) 平沼高明, “專門家責任保險の理論と實務”, 「弁護士賠償責任保險の概要」, 信山社, 2002年, 18頁.

통약관 제17조에 따라 피보험자를 대신하여 자기의 비용으로 그 사건을 해결하기 위해 사용되는 비용을 말한다.

### 3. 변호사배상책임보험의 의무화 논의의 재검토

#### (1) 변호사배상책임보험의 비활성 원인

일반적으로 일본에서 변호사배상책임보험이 활성화 되지 않는 이유를 변호과오소송의 저조에 있다고 생각한다. 변호과오소송의 비활성화 원인을 살펴보면 첫째, 변호과오가 법원의 석명권행사와 같이 법원의 후견적 역할에 따라 방어되고 있으며, 둘째, 변호사의 기강위원회분쟁조정위원회 등의 대체기구에 따라 의뢰자 혹은 제3자의 불만이 흡수되고, 셋째, 법원이나 의뢰자에게 책임을 전가하는 경우가 있으며, 넷째, 변호사의 직무수행이 무형인 경우가 대부분이어서 과오가 명확하게 나타나는 것이 적고, 과오를 범했다 해도 이를 보완할 기회가 많으며, 다섯째, 변호사 직무의 전문성이 일반인은 예상할 수 없는 복잡성을 가지고 있고, 여섯째, 변호사가 사회적 지위나 신분을 가지고 있기 때문이라고 한다.<sup>47)</sup> 이러한 일본의 상황은 일견 타당해 보이기도 한다.

그러나 변호과오소송이 적은 이유가 대륙법계 법원의 후견적 역할이 영미법계보다 강화되어 있기 때문이라는 위 주장들은 동일한 대륙법체계국가인 독일에서 변호과오소송이 1986년 무렵에 이미 연간 800건이 넘는 등 빈번히 나타난 현상을 설명하지는 못 한다<sup>48)</sup>. 또한 일본의 변호사협회와 같이 미국의 ABA<sup>49)</sup>와 독일의 DA<sup>50)</sup>과 같은 각 변호사협회에도 내부적 통제 및 분쟁조정 기능이 있다. 그럼에도 불구하고 잘못된 소송전략에 대한 책임추궁 같은 고도로 전문적인 변호과오소송이 발생한다는 점이나 국가를 불문하고 변호사의 직무수행은 무형인 경우가 대부분이라는 점, 어느 나라라도 법률전문가가 아닌 의뢰인이 이에 대해 판단하기 어려울 것이며 잘못이 발생한 경우 변호사가 제3자에게 책임을 전가하고자 할 것이라는 점을 고려할 때 위와 같은 근거만으로 일본의 변호과오소송이

47) 소재선, “전문가로서 변호사의 민사책임”, 법조 470권, 1995, 60면.

48) Borgmann, Brigitte/ Haug, Karl H., *Anwaltshaftung*. 2. Aufl. 1986. S. 234.

49) ABA: American Bar Association

50) DA: Deutscher Anwaltverein.

현저히 적은 현상을 설명하기 어렵다.<sup>51)</sup> 또한 현재는 변호과오소송이 많이 제기 되는 미국에서도 과거에는 우리나라나 일본과 같이 변호과오소송이 많지 않았다는 점은 위에서 제시한 이유 외에 변호과오소송의 증가에 있어 다른 결정적인 원인이 있을 것이라 생각된다.

몇 가지 변호과오소송의 증가 조건을 검토해 보면 첫째, 법원이 변호사의 주의 의무를 보다 엄격히 해석하고 적용하여야 한다, 둘째, 의뢰인의 변호사에 대한 적극적인 권리주장이 필요 하다, 셋째, 변호인의 숫자를 늘려 그들 간의 견제와 교정을 하게 할 필요가 있으며, 그동안 성역으로 여겨졌던 법조계의 집단적 공동체의식을 완화시켜야 한다, 넷째, 단순한 과오에 대한 소송에서부터 복잡한 소송 전략에 관한 변호과오소송까지 변호사의 소송책임에 대한 인식을 제고해야 한다.

결국 변호사의 수를 증가를 통해, 변호과오소송의 활성화와 나아가 변호사 배상책임보험의 활성화로 연결시킬 수 있을 것이라는 가정을 세워볼 수 있다. 일본은 선진외국에 비하여 인구대비 변호사가 현저히 적다.<sup>52)</sup> 이에 따라 변호사 수를 증가하기 위하여 최근에 실시한 일본의 법학전문대학원 제도는 오히려 예상외의 문제점을 노출시키고 있다.<sup>53)</sup>

## (2) 변호사배상책임보험의 의무화 재검토

일본에서는 변호사배상책임보험이 1976년에 도입되어 전국변호사협동조합연합회를 보험계약자로 하고, 조합원인 변호사를 피보험자로 하는 손해배상책임 보험 형태로 운영되고 있다. 변호사는 임의로 이것에 가입할 수 있으며, 매년 갱신여부에 따라 변동성이 있으나 약60%~70%의 변호사가 가입하고 있다. 그러나 강제 가입 제도는 아니기 때문에, 상당수의 변호사가 무보험으로 업무를 하고 있는

51) 배기석·배소민, 전계논문, 213면.

52) 弥永眞生, “専門家の責任と保険法論の展望”, 法律時報, 67卷2号, 1995, 48頁.

53) 정중휴, “지역균형발전과 한국 로스쿨의 출범 - 일본 로스쿨의 현상을 소재로”, 법학연구 45권 1호, 2004, 58면 이하 참조. 일본에서는 2004년 법학전문대학원 제도를 도입한 이후 2006년도 변호사시험 응시자가 2087명이었지만 합격자는 1009명으로 합격률이 48.3%에 그쳤고 2012년도에 이르러서는 8725명이 응시해 2063명(23.4%)만이 합격하는 등 저조한 합격률을 보이고 있으며, 변호사시험에 합격하더라도 합격자 중 11%는 변호사회 월 회비를 내지 못할 정도로 재정난을 겪고 있어 법학전문대학원 지원자도 크게 줄고 있다. 이에 일부 대학에서는 학생유치의 어려움으로 법학전문대학원을 폐지하는 등 여러 문제점이 발생하여 법학전문대학원을 ‘실패한 제도로 보고 있는 실정이다.

실정이다.<sup>54)</sup>

한편, 외국법 사무 변호사 자격을 승인하는 기준으로서 의뢰자에게 입힌 손해를 배상하는 능력을 가지는 것이 요구되고 있다(외국 변호사에 의한 법률 사무 취급에 관한 특별조치법 제10조 제1항 제3호). 외국법 사무 변호사가 되려고 하는 사람은, 손해배상 능력을 증명하기 위해, 보험에 의해서 손해를 배상할지, 고용주나 해외 로펌이 손해배상 채무를 보증할지, 몇 가지 방법에 따르게 되는데, 전자에 의한 경우는 법무부 장관에 대한 승인 신청 절차에 보험증서 사본을 제출하도록 하고 있다.<sup>55)</sup>

보험이 적용되지 않는 변호사는 손해배상 책임을 지게 되면 그의 재산에 큰 리스크가 된다. 변호사가 그 재산으로 배상금을 지불할 수 없는 경우는 손해를 입은 의뢰자가 위험을 부담하게 된다. 다수 외국(독일, 프랑스 등)에서는 의뢰자의 위험을 담보하기 위해, 변호사배상책임보험의 가입 또는 개시를 의무화하고 있다. 일본에서도 꾸준히 변호사책임보험의 가입 의무화 논의가 진행되고 있다. 그러나 미국, 한국 등 아직도 여러 나라가 변호사책임보험의 강제가입제도를 운영하고 있지 않은 나라도 많이 있다. 따라서 반드시 보험의 강제가입내지 의무화가 필수적인지는 변호업계의 시장여건 등 환경적 요인을 살펴 재검토 해볼 필요성이 있다.

우선 변호사배상책임보험의 의무화의 논거를 살펴보면 첫째, 변호사배상책임보험의 제도적 목적의 관점에서 동 보험은 손해배상책임을 부담하는 변호사의 재산을 보전하게 하고, 위험의 분산을 통해 변호업무의 연속성 보장해 줄 뿐만 아니라 의뢰인 측은 변호사의 파산으로부터 손해를 보장 받을 수 있다. 둘째, 변호사의 품위유지와 변호사에 대한 일반인의 신뢰를 유지할 수 있다. 다음으로 동 보험의 의무화 필수적이고 시급하다는 입장에 반대하는 논거를 살펴보면 첫째, 변론과오는 의료과오와 같이 채권자의 생명·신체의 법익을 침해하는 것이 아니고 소송을 제기하는 빈도도 현저히 낮는데, 동 보험을 의무가입으로 했을 경우 실효성에 의문이 있다. 둘째, 동 보험의 인지도도 낮고 널리 보급된 것도 아닌데, 의무가입을 유도 했을 경우 가입자의 증가로 손해배상액의 폭증으로 영국이나

54) [http://www.nichibenren.or.jp/jfba\\_info/publication.html](http://www.nichibenren.or.jp/jfba_info/publication.html): 2014.10.20방문.

55) 片山達, “海外レポート(第37回); 弁護士賠償責任保険の義務化”, 自由と正義 61卷(11号), 2011.11, 74頁.

미국과 같은 보험위기가 발생할 수 있다. 셋째, 동 보험시장의 환경이 성숙되지 않은 상태에 급격한 제도 개혁은 급변하고 있는 법률시장에 또 다른 혼란을 가져올 수 있다.

따라서 동 보험가입이 반드시 의무화 되어야 한다는 획일적인 주장에 반대하며 현실에 맞는 제도운용으로 충분히 동 보험의 목적을 달성할 수 있다고 본다. 의무화에 대한 대안으로 첫째, 보험가입을 원하는 피보험자와 보험가입이 불가능하거나 곤란한 피보험자를 분리하여 제도를 운용할 필요가 있다. 전자에 경우는 보험료와 보험금액을 현실화하여 상향 조정하고 후자의 경우는 의뢰인 보호차원에서 공제조합을 구성하여 배상책임을 부담하게 할 수 있다. 둘째, 보험회사들의 다양한 보험상품 개발과 보험가입조건 완화 등을 통한 보험가입을 유도하고 법률시장의 성숙도에 따른 점진적인 의무화도 고려해 봄직하다. 셋째, 의뢰인의 위험부담을 줄이고 법률시장의 활성화를 위해 동 보험 가입여부에 대한 공시제도를 전면 실시하여 동 보험가입의 의무화 논의를 대체할 수도 있을 것이다.

### Ⅲ. 면책약관 조항의 해석론

#### 1. 면책조항의 의미

일반적으로 보험사고의 특징은 보험자가 부담할 책임의 범위를 명확하게 하지만, 보험자의 책임은 원칙적으로 당사자 사이에 체결되는 유상적인 위험전가 계약의 효과이다. 그리고 어떤 범위의 위험이 전가되고 담보범위 외로 해당될지는 계약의 자유의 원리가 적용된다. 그러나 계약의 자유도 보험제도의 취지나 공서양속에 반하는 경우에는 제한될 수 있다.<sup>56)</sup> 즉 피보험자나 보험계약자가 보험금을 취득하거나 혹은 취득하게 할 의사를 가지고 고의로 보험사고를 발생시켰을 경우는 신의칙상 보험금 지급은 부정되어야 한다. 이와 같은 취지의 일본 보험법 제17조 전단에 “보험자는 보험계약자 또는 피보험자의 고의 또는 중대한 과실로 인해 발생한 손해를 전보할 책임을 지지 아니 한다”는 면책의 요건을 규정하고 있다.

56) 西鳴梅治, 「保險法(新版) 第三編 第三章 責任保險」, 悠々社, 1975年, 70頁, 254頁.

그리고 보통약관 제4조(면책조항) 제1호는 “피보험자 또는 보험계약자의 고의에 의하여 생긴 배상책임”을 면책사유로 정하는 한편, 특별약관 제3조(면책조항)에서도 “피보험자의 범죄행위(과실범 제외) 또는 타인에 손해를 줄 것으로 예견하여 행한 행위(부작위 포함)에 기인한 손해배상”을 면책으로 정하고 있다. 보통약관 제4조와 특별약관 제3조의 관계(고의의 해석)에 관한 판례의 태도에 대하여 아래와 같이 학설상 논쟁이 있다.

## 2. 판례입장과 학설소개

### (1) 판례입장

도쿄 고등재판소는 변호사이면서 변호사 배상책임보험의 피보험자인 원고가 수임한 건물철거 및 토지명도 청구사건에 대해 상대방과의 사이에 소송상의 화해를 성립시켰지만, 상대방이 화해 조항을 이행하지 않아 건물의 철거를 진행하였다. 상대방은 불법 행위에 근거하는 손해배상 청구를 하여왔다. 따라서 피보험자는 위 보험의 보험자인 피고에 대해, 위 보험계약에 근거해 보험금의 지불을 청구한 항소심 판결<sup>57)</sup>에서 「본건 보험계약에서는, 보통약관 제4조 제1호와 특별약관 제3조 제1호와의 관계를 보면, 보통약관의 제4조(면책)에서 고의 면책조항 등이 정해져 있는 것 외에 특별약관의 제3조(면책)에서, 위의 “제4조 각 호에서 열거하는 배상 책임 외에 피보험자가 다음에 열거하는 배상책임에 의해서 입은 손해를 전보할 책임을 면제해 주는 것”으로 본건 면책조항 등이 정해져 있는 것이 인정되기 때문에, 이 두 조항이 동일한 취지의 것이라고 해석할 수 없는 것은 분명하다(덧붙여 ‘고의’는 제3자에 대해서 손해를 주는 것을 인식하면서 굳이 손해를 주어야 할 행위에 이르는 적극적인 의사 작용을 의미하는데 대해, ‘타인에게 손해를 주어야 할 일을 예견하면서 한 행위’는 타인에게 손해를 주어야 할 것을 예측하는 한편 이것을 회피해야 할 수단이 있는 것을 인식하면서 회피해야 할 조치를 강구하지 않는 소극적인 의사 작용에 근거하는 행위를 가리키는 것으로 고의에 의한 행위와는 별개의 행위를 의미한다고 해석되는 것이며, 이 양자는 다른 것이다)」라고 판시해, 두 조항의 적용 범위가 다른 것을 분명히 했다. 즉

57) 도쿄 고등재판소1998년 6월 23일(金判 1049号 44頁).

본건 특별약관은 ‘인식 있는 과실’을 면책으로 하는 것으로 보았다. 또한 최근 유언집행에 있어서의 변호사의 판단미스와 변호사 배상책임보험의 특별약관상의 면책조항의 적용여부와 관련된 사안에서 도쿄 지방재판소는 도쿄 고등재판소의 판례와 동일한 취지의 판결<sup>58)</sup>을 하였다.

## (2) 학설소개

### 1) 제1설(개별설)<sup>59)</sup>

특별약관 제3조 제1호의 “타인에게 손해를 주어야 할 것을 예견하면서 한 행위”란, “인식 있는 과실”을 의미하며 변호사의 윤리관과는 서로 용납할 수 없기 때문에, 고의 면책과는 따로 정해진 것이라고 하는 학설로, 도쿄 고등재판소(1998년 6월23일) 판결을 지지하는 견해이다.<sup>60)</sup>

### 2) 제2설(동일설)

이 학설은 두 조항을 같은 의미로 해석해, 특별약관 제3조 제1호는 보통약관의 고의 면책을 명확하게 한 것에 지나지 않는다는 견해이다.<sup>61)</sup> 동 견해는 본건 특별약관 제3조 제1호와 같은 조항을 두고 있는, 공인회계사 배상책임 보험 계약에 적용되는 공인회계사 특약 조항 제3조 제1호가 보통보험 약관상의 고의만으로는 그 범위가 불명확해서 영미약관에서 사용되고 있는 malicious act를 참고해서 문언이 만들어진 것이다. 따라서 보통보험 약관의 고의 면책과 실질에서 다른 것이 아니며, 이것은 변호사 배상책임 보험에서도 들어맞는 것으로 본다. 그리고 두 조항이 같은 취지여도 특별히 문제가 생기지 않으며, 「타인에게 손해를 주어야 할 것을 예상하는 한편 이것을 회피해야 할 조치를 강구하지 않는 소극적인 의사 작용에 근거하는 행위」라고 해도, 이것은 고의의 일종이며, 고의 면책과 구별할 의미가 없는, 것이 들어지고 있다.<sup>62)</sup> 즉 특별약관 제3조 제1호에 있

58) 도쿄 지방재판소 2012년 9월 10일 민사 25부 판결.

59) 山下典孝, “弁護士賠償責任保険における免責條項”, 法學新報 114卷(11号), 中央大學 2008.04, 716-717頁.

60) 平沼高明, 『専門家責任保険の理論と實務』, 信山社, 2002. 18頁 以下.

61) 甘利公人, 「判批」, 損害保險研究(61卷1号), 1999, 129頁; 竹演修, 「判批」, 商事法務(1260号), 2002, 33頁.

어서의 예건의 대상은 「타인에게 손해를 주어야 할 것」인 데, 「손해를 주어야 할 것」이 「손해를 주는 고도의 개연성이 있는 것」을 의미한다고 하면, 본건 특별약관 제3조 제1호는 「타인에게 손해를 주는 고도의 개연성」을 예건하면서, 즉 「미필적 고의」를 가지고 행위 했을 경우를 면책으로 하는 규정이 된다.<sup>63)</sup> 게다가 본건 특별약관 제3조 제1호를, 「중과실」 면책을 정한 것으로 정하는 견해도 있다.<sup>64)</sup>

본건 특별약관 제3조 제1호가 다의적으로 해석 가능하다면, 약관 사용자에게 불이익하게 해석되어도 어쩔 수 없다. 또한 변호사 배상책임 보험은 일반소비자를 대상으로 하는 것은 아니지만, 피해자 구제를 역할로 하는 배상책임 보험의 일종이며 피해자 보호에 의문이 남는 해석은 피해야 할 것이다.<sup>65)</sup> 따라서 특약 조항의 면책 취지 및 약관 문언이 충분히 명확하지 않는다고 하면, 특별약관 제3조 제1호를 「미필적 고의」를 면책으로 하는 규정이라고 해석할 여지도 있다.<sup>66)</sup>

### 3. 검토(사건)

본 논문에서는 판례의 입장과 개별설을 지지 하면서 동일설의 주장논거에 대한 문제점을 지적하고자 한다.

특별약관 제3조 제1호는 영미 약관을 참고해서 특약 조항이 구성되었다고 생각할 수 있다. 그러나 공인회계사 배상책임 보험 계약에 적용되는 약관에 해석되는 내용이 당연히 변호사 배상책임보험 특약에서도 똑같이 해석해야 하는 합리적인 이유를 설명하고 있지 않다. 영미법에서의 해석론이 당연히, 일본의 약관 조항 해석을 생각할 때, 똑같이 해석할 필요성이 있는 경우에는, 그 합리적인 근거를 나타내는 것이 필요하지만, 동일설은 그 설명을 전혀 하지 않아 비약적인 해석이라고 말하지 않을 수 없다. 영미 약관에서 이용되고 있는 문언과 일본에서

62) 竹演修, 上掲書, 32-33頁.

63) 甘利公人, 「判批」, 損害保險研究(71卷 1号), 2005, 219頁.

64) 金岡京子, 「弁護士賠償責任保險 約款における『他人に損害を与えるべきことを予見しながら行った行爲』の意義」, 損保(72卷3号), 2012, 287頁.

65) 山下典孝, 「法律専門職業人賠償責任保險における一考察」, 出口正義ほか編『企業法の現在』, 信山社, 2014, 592頁.

66) 金岡京子, 前掲論文, 287-289頁.

생각되고 있는 「고의」의 의미가 반드시 일치하지 않는 것도 고려해야 함에도 고려하지 않았다.

그리고 보통약관의 적용 대상은 책임 보험 일반을 대상으로 하고 있어, 전문가 이외에도 넓게 일반소비자도 대상으로 하는 것이다. 이와 관련하여 전문가 배상 책임 보험 계약에서의 피보험자는 한정되고 있는 것 등 변호사 배상책임보험의 특색을 고려한 다음 특약 조항을 해석해야 한다. 또한 동일설은 개별설이 말하는 「인식 있는 과실」은 「고의」의 하나의 종류 형태에 지나지 않고 고의 면책의 대상이 되는 것에 지나지 않는다고 해석하고 있다. 즉 고의 개념을 최근 민법의 유력 학설이 주장하듯이 넓게 파악하는 견해를 전제로 하고 있다고 생각할 수 있다. 이 견해에 의하면 확실히, 면책 적용 범위에서 차이점은 생기지 않는다고 말할 수 있다. 그러나 민법상 「고의」 개념 또는 그 종류를 나누는 견해가 유력하게 주장되고 있다고 해도, 전통적인 「고의」 개념은 의도적인 행위를 의미하는 것이다. 그렇다면 「고의」 개념을 좁게 해석하면, 보통약관 제4조 제1호와 특별약관 제3조 제1호의 그 적용 범위를 다른 것으로 하지 않으면 동일설에서는 논리적으로 문제가 된다.

변호사법 제1조 제1항(사명조항)<sup>67)</sup>, 동조 제2항(성실의무조항)<sup>68)</sup>, 동법 제56조 제1항(징계조항)<sup>69)</sup>의 내용을 생각할 경우 변호사법 1조에 있어서의 변호사의 사명이나 변호사의 징계 사유를 생각했을 경우, 특별약관 제3조 제1호의 면책의 범위가 보통약관 제4조 제1호와 동일하게 고의 면책에만 한정된다고 해석하는 것은 너무 좁게 된다. 변호사의 사명으로서 성실하게 그 직무를 실시해야 할 사람이 변호사의 윤리관과는 상관없는 행위로 생긴 손해에 대해서까지 변호사 배상 책임보험으로 커버하는 것은 변호사법의 취지에 반한다.<sup>70)</sup> 즉 변호사의 윤리관과는 상관없는 「인식 있는 과실」에 대해 보험으로 커버하게 되면, 변호사법으로

67) 변호사법 제1조 제1항(사명조항): 변호사는, 기본적 인권을 옹호하며, 사회정의 실현하는 것을 사명으로 한다.

68) 변호사법 제1조 제2항(성실의무조항): 변호사는 제1항의 사명에 따라, 성실하게 그 직무를 실시해, 사회 질서의 유지 및 법률 제도의 개선에 노력해야 한다.

69) 변호사법 제56조 제1항: 변호사 및 변호사법인은, 이 법률 또는 소속 변호사회 혹은 일본 변호사 연합회의 회칙에 위반하고, 소속 변호사회의 질서 또는 신용을 해치며, 그 외 직무의 내외를 불문하고 그 품위를 잃는 비행이 발생했을 때는, 징계를 받는다.

70) 山下典孝, 前掲論文, 719-720頁.

변호사에 대해서 높은 윤리관을 요구하고 있는 법의 취지가 몰각되게 된다. 또한 변호사 배상책임보험이 단체 보험이기 때문에 개개의 피보험자의 보험사고율에 관계없이 보험료가 결정되고 있으므로 해당 보험제도의 유지 차원에서도 문제가 된다. 따라서 특별약관 제3조 제1호는 보통약관 제4조 제1호의 고의 면책과는 다른 취지를 규정한 것이며, 그것은 변호사의 윤리관에 반하는 행위를 면책으로 하는 취지라고 생각된다.

#### IV. 결론(한국에 대한 시사점)

한국이 2002년에 변호사책임보험제도를 도입하여 운영하고 있는 것과 비교하여, 일본은 1976년 동 보험제도가 도입되어 시행되고 있지만 법률시장의 환경 등이 유사하고 비슷한 유형의 법제도를 가진 한국과 마찬가지로 변호과오소송 및 변호사배상책임보험이 활성화 되어 있지 않다. 그러나 현대 사회는 발전할수록 전문가에게 점점 더 높은 수준의 전문지식과 엄격한 주의의무를 요구하고 있다. 따라서 앞으로 변호과오를 이유로 한 소송이 크게 늘 것이라고 예측되며 이에 대한 문제의식을 가지고 변호사배상책임보험의 안정적인 정착으로 대처하여야 할 것으로 보인다. 그리고 일본과 한국은 유사하게 법학전문대학원을 도입하여 변호사 수의 급격한 증가와 법조계의 소송환경의 변화로 잠재적 위험은 점점 증가하고 동 보험의 수요는 확대 될 것이라 예상된다.

지금까지 일본의 변호사배상책임보험의 운영과 제도의 특징 등에 관하여 개괄적으로 살펴봄으로써 한국이 동 보험의 발전과 정착을 위해 어떻게 해야 할 것인지에 대한 시사점을 얻을 수 있었다. 아래의 정리한 내용은 일본의 동 보험의 내용이지만 우리나라에 그대로 적용될 수 있고 참고할 만하다.

첫째로, 일본 변호사라는 전문직역의 책임의 근거를 검토한 결과 직무의 성격은 변호사법에 사회정의를 실현해야할 공익적 의무와 의뢰인의 대리인으로서 사익에 충실해야할 의무가 결합되는 관계에 있었다. 이것은 업무자체가 공적성격과 사적성격이 혼재하기 때문인데, 이것은 결국 변호사의 책임론이나 윤리문제로 귀결되고 변호사가 균형을 잡아야할 문제이다. 또한 변호사법상 성실의무의 성격과

민법상 선관주의 의무 관계에 대하여 법적 의무인지 윤리적 의무인지 학설상 논의가 있으나 실무상 변호사의 민사상의 책임을 묻는 것은 문제가 없어 보인다.

둘째로, 변호과오는 변호사와 의뢰자의 관계에서 발생되는데 변호사가 당사자나 그 외 관계인으로부터 의뢰를 받아 소송 등의 법률사무를 처리하는 것은 민법상의 위임계약이다. 그리고 변호책임의 내용은 우선 변호사의 직무 수행상 모든 단계에서 일반적으로 요구되는 의무로서 의뢰자에게 위임내용과 관련한 설명 의무가 중요하다. 이러한 의무는 분쟁예방 및 입증곤란해소 관점에서, i) 설명이 있었다는 사실 및 그 내용에 관한 사건기록화가 필요하다. ii) 설명의 정도의 구체적 범위나 기준(사실관계의 법적관점설명, 대체수단의 이익형량 설명, 포괄적 승낙에 관계없이 의뢰자의 최종승낙)이 요구 되어 진다. 이점에 대하여는 한국에도 동일하게 적용될 수 있다고 본다. 다음으로 적절한 법률 상담의무에서는 변호사의 상담수준(일반적 지식·기능 수준)이 요청된다. 그리고 전문분야의 세분화로 고도의 전문지식이 없을 경우는 상담거절이나 전문가에게 소개 등의 의무가 중요시 된다. 마지막으로 성실한 직무집행과 종료의무는 특히 “심판을 받을 기회나 기대를 보호해야할 의무”, “의뢰자의 손해를 방지해야할 의무”가 중요하고 종료의무로는 “상소의 기회를 보장할 의무”가 있는데 수권여부에 관계없이 지켜야할 의무이다.

셋째로, 일본의 변호사배상책임보험의 운용 구조는 일본전국변호사협동조합연합회를 통하여 변호사 배상책임보험에 가입하며, 배상책임보험의 “보통보험약관”과 이에 대한 특별규정으로 “변호사직업위험특별약관”에 의해 규율되고 있는 것이 한국과 다른 점이다. 여기에서 일반규정과 특별규정은 일반적인의미로 보충적인 관계가 아니라 두 규정의 고유한 내용이 있어 함께 적용되는 보완관계인 특징을 가지고 있다. 동 보험의 내용은 보험금부의 요건으로 보험사고와 보험금부(효과)로 구분 해보았다. 특히 보험기간내에 발생과 청구와 관련하여 일본은 보험사고 청구지역 제한은 일본으로 한정된다. 즉 보험사고 분쟁에 관하여 일본 내에서 공격·방어할 수 있도록 하기 위하여 일본 외에서 소송이 제기된 경우나 손해배상의 의사표시가 있었을 경우는 포함되지 않는다. 이것은 한국과의 차이점이 있는 부분이다. 보험금부와 관련하여 손해액의 전부를 배상하는 것은 아니고 전보되는 액수는 보통약관 제2조의 해석에 따라 보험금액의 한도액이 정해지며, 보

협자는 1회에 한하여 보험금 지급 책임을 진다. 또한 보통약관 제2조 제3항에 의해서 채송비용과 협력비용은 보험금에서 제외하고 있다.

넷째로, 변호사배상책임보험의 의무화 논의와 관련하여서도 한국과 유사한 모습을 보이고 있어 여기서 제기하는 모든 내용이 한국에서도 고려되는 것이다. 동 보험의 활성화를 위해서는 변호과소송의 활성화가 필요한데, 변호과소송의 증가 조건을 검토해 보면 i) 법원이 변호사의 주의의무를 보다 엄격히 해석하고 적용하여야 한다, ii) 의뢰인의 변호사에 대한 적극적인 권리주장이 필요 하다, iii) 변호인의 숫자를 늘려 그들 간의 견제와 교정을 하게 할 필요가 있으며, 그동안 성역으로 여겨졌던 법조계의 집단적 공동체의식을 완화시켜야 한다, iv) 단순한 과오에 대한 소송에서부터 복잡한 소송전략에 관한 변호과소송까지 변호사의 소송책임에 대한 인식을 제고해야 한다. 정리될 수 있었다. 그리고 동 보험의 의무화 논의의 재검토와 관련하여 찬성과 반대의 논거가 있으나 사건을 제시해 보았다.

동 보험가입이 반드시 의무화 되어야 한다는 획일적인 주장에 반대하며 현실에 맞는 제도운용으로 충분히 동 보험의 목적을 달성할 수 있다고 본다. 의무화에 대한 대안으로 i) 보험가입을 원하는 피보험자와 보험가입이 불가능하거나 곤란한 피보험자를 분리하여 제도를 운용할 필요가 있다. 전자에 경우는 보험료와 보험금액을 현실화하여 상향 조정하고 후자의 경우는 의뢰인 보호차원에서 공제조합을 구성하여 배상책임을 부담하게 할 수 있다. ii) 보험회사들의 다양한 보험상품 개발과 보험가입조건의 완화 등을 통한 보험가입을 유도하고 법률시장의 성숙도에 따른 점진적인 의무화도 고려해 봄직하다. iii) 의뢰인의 위험부담을 줄이고 법률시장의 활성화를 위해 동 보험 가입여부에 대한 공시제도를 전면 실시하여 동 보험가입의 의무화 논의를 대체할 수도 있을 것이다. 이와 관련하여 일본의 경우는 외국법 사무 변호사 자격을 승인하는 기준으로 손해배상 능력을 증명하는 기준으로 보험증서를 제출하게 하고 있으며<sup>71)</sup>, 한국의 경우는 변호사법 개정<sup>72)</sup>을 통해 부분적인 의무화의 진행을 하고 있는 것은 양국이 동 보험의 정

71) 외국법 사무 변호사 자격을 승인하는 기준으로서 의뢰자에게 입힌 손해를 배상하는 능력을 가지는 것이 요구되고 있다(외국 변호사에 의한 법률 사무 취급에 관한 특별조치법 제10조 제1항 제3호). 외국법 사무 변호사가 되려고 하는 사람은, 손해배상 능력을 증명하기 위해, 보험에 의해서 손해를 배상할지, 고용주나 해외 로펌이 손해배상 채무를 보증할지, 몇 가지 방법에 따르게 되는데, 전자에 의한 경우는 법무부 장관에 대한 승인 신청 절차에 보험증서 사본을 제출하도록 하고 있다.

착을 위해 바람직해 보인다.

다섯째, 일본의 특유한 약관구조 때문에, 즉 보통약관 제4조(면책조항) 제1호는 “피보험자 또는 보험계약자의 고의에 의하여 생긴 배상책임”을 면책사유로 정하는 한편, 특별약관 제3조(면책조항)에서도 “피보험자의 범죄행위(과실범 제외) 또는 타인에 손해를 줄 것으로 예견하여 행한 행위(부작위 포함)에 기인한 손해배상”을 면책으로 정하고 있다. 보통약관 제4조와 특별약관 제3조의 관계(고의의 해석)에 관한 판례의 태도에 대하여 학설상 논쟁이 있다. 논쟁은 결론적으로 변호사의 “인식 있는 과실(예견가능성)”을 면책내용으로 포함할 것인가의 문제인데, 이것은 전문가로서의 변호사의 배상책임의 영역을 확대할 것인가, 의뢰인 내지 피해자들의 위험을 보장할 것인가의 이익형량의 문제이다. 즉 개별설에 따를 경우 의뢰인이나 피해자들의 위험이 증가할 것이고 동일설에 따를 경우 변호사의 배상책임의 범위가 확대되어 보험자의 면책도 커지게 된다. 사견으로는 의뢰인과 피해자의 위험증기는 공제조합 등 안전장치로 보완하고 동일설에 찬동한다.

변호사의 사명으로서 성실하게 그 직무를 실시해야 할 사람이 변호사의 윤리관과는 상관없는 행위로 생긴 손해에 대해서까지 변호사 배상책임보험으로 커버하는 것은 변호사법의 취지에 반하며, 변호사의 윤리관과는 상관없는 「인식 있는 과실」에 대해 보험으로 커버하게 되면, 변호사법으로 변호사에 대해서 높은 윤리관을 요구하고 있는 법의 취지가 몰각되게 된다. 또한 변호사 배상책임보험이 단체 보험이기 때문에 개개의 피보험자의 보험사고율에 관계없이 보험료가 결정되고 있으므로 해당 보험제도의 유지 차원에서도 문제가 된다. 따라서 특별약관 제3조 제1호는 보통약관 제4조 제1호의 고의 면책과는 다른 취지를 규정한 것이며, 그것은 변호사의 윤리관에 반하는 행위를 면책으로 하는 취지라고 생각된다.

이러한 면책약관 해석과 관련하여 한국의 경우는 예견가능성에 대한 명확한 규정을 두어 일본과 같은 동일한 문제는 없으나 일본의 해석론을 통해서 시사받을 점은 앞으로 발생될 면책조항관련 사례를 해결할 때 단순하게 판단하여 결

72) 2005년 개정된 한국변호사법은 법무법인(유한)과 법무조합에 대하여 수임사건에 관하여 고의 또는 과실로 의뢰인에게 손해를 발생시킨 때에는 담당변호사와 그 담당변호사를 직접 지휘·감독한 구성원에 대하여 법무법인(유한) 내지 법무조합과 연대하여 손해를 배상할 책임이 있음을 규정하면서(동법 제58조의11, 제58조의 25), 그 손해배상책임을 보장하기 위하여 대통령령이 정하는 바에 따라 보험이나 대한변호사협회가 운영하는 공제기금에 의무적으로 가입하여야 할 것을 규정하였다(동법 제58조의 12, 제58조의 30).

론 내릴 것이 아니라 일본과 같은 세부적인 책임론과 이익형량의 대한 의식을 가지고 면책조항관련 규정의 구체적인 해석 및 합리적인 적용범위의 결정에 참고하여야 할 것이다.

## 참고문헌

- 배기석·배소민, “변호사 배상책임보험에 관한 소고”, 부산대학교 법학연구 제54권 제1호(통권75호), 2013.
- 소재선, “전문가로서 변호사의 민사책임”, 법조 470권, 1995.
- 정태운, “프랑스의 변호사책임론”, 「변호사책임론」, 한림과학총서 제55호, 1998.
- 정종휴, “지역균형발전과 한국 로스쿨의 출범 - 일본 로스쿨의 현상을 소재로”, 법학연구 45권 1호, 2004.
- 片山達, “弁護士賠償責任保険の義務化”, 自由の正義(第61卷, 第11号), 2010.
- 福原忠男, 「増補弁護士法(特別コメント1)」, 第一法規, 1990.
- 日本弁護士連合会調査室編著, 「条解弁護士法第三版」, 弘文堂, 2003.
- 加藤新太郎, 「弁護士役割論新版」, 弘文堂, 2000.
- 小島武司, 「弁護士・・・その新たな可能性」, 学陽書房, 1980.
- 伊藤員, 「弁護士と当事者」講座民事訴訟3, 弘文堂, 1984.
- 鈴木重勝, 「弁護士の民事責任」判例研究, 取引と損害賠償, 商事法務研究会, 1989.
- 全国弁護士協同組合連合会編, 「弁護士賠償責任保険最新事例集」, 全弁協叢書, 2000.
- 藤井俊雄, “職業的責任保険”, 現代契約法大系 VI, 1984.
- 李 芝妍, “弁護士賠償責任保険契約に関する若干の考察”, 東洋法學 53卷 2号, 2009.
- 峰島徳太郎, 「損害賠償法と責任保険の理論と実務: 弁護士賠償責任保険」, 信山社出版, 2005.
- 落合誠一, “専門家の民事責任”, 「専門家責任保険」, 安田火災記念財団, 1994.
- 平沼高明, “専門家責任保険の理論と実務”, 「弁護士賠償責任保険の概要」, 信山社, 2002.
- 弥永眞生, “専門家の責任と保険法論の展望”, 法律時報, 67卷2号, 1995.
- 片山達, “海外レポート(第37回); 弁護士賠償責任保険の義務化”, 自由と正義 61卷(11号), 2011.

西嶋梅治, 「保險法(新版) 第三編(第三章責任保險)」, 悠々社, 1975.

山下典孝, “弁護士賠償責任保險における免責条項”, 法學新報 114卷(11号), 中央大学  
2008.

山下典孝, 「法律専門職業人賠償責任保險における一考察」 出口正義ほか編 『企業法  
の現在』, 信山社, 2014.

平沼高明, 『専門家責任保險の理論と実務』, 信山社, 2002.

甘利公人, 「判批」, 損害保險研究(61卷1号), 1999, 129頁; 竹演修, 「判批」, 商事法  
務(1260号), 2002.

甘利公人, 「判批」, 損害保險研究(71卷 1号), 2005.

金岡京子, “弁護士賠償責任保險 約款における 『他人に損害を与えるべきことを予見し  
ながら行った行為』 の意義”, 損保(72卷3号), 2012.

東京海上火災保險株式会社編, 「損害保險実務講座第七卷新種保險(上)」, 1989.

Borgmann, Brigitte/ Haug, Karl H., *Anwaltshaftung*. 2. Aufl. 1986.

[http://www.americanbar.org/jcprjclientprojmalprac\\_disc\\_rule.pdf](http://www.americanbar.org/jcprjclientprojmalprac_disc_rule.pdf).

[http://www.nichibenren.or.jp/jfba\\_info/publication.html](http://www.nichibenren.or.jp/jfba_info/publication.html): 2014.10.20방문.

<Abstract>

## Current Status and Implications for Korea, Japan Lawyer Liability Insurance Operations

Ha, YoungTae

Lawyer Liability insurance is a legal liability and defense costs if you have to pay for a lawyer due to negligence on the insincerity such a defense and litigation carried out in the course of the business of providing professional legal services clients and adding damage to a third party refers to the non-life insurance to compensate for. Such insurance can be a reliable business carried out without the fear of economic bankruptcy lawyer by collateral liability, by ensuring proper compensation for damages with respect to affected customers to restore confidence in the stability and professionalism of the vital functions and has done.

Compared with those in Korea is operated by liability insurance lawyer introduced in 2002, Japan in 1976 and introduced the same insurance system, including enforcement of environmental laws, but the market is similar, as well as South Korea with a similar type of legal system Legal malpractice litigation and liability lawyers have not been activated. But modern society is demanding a higher level of expertise and strict attention to duty becoming more professional development. Therefore, the Legal malpractice lawsuits would increase significantly in the future two euros is predicted to have a critical mind about this deal is expected to be stable settlement of the liability attorney. Japan and South Korea and is similarly expected to introduce the Law School are increasing the potential risk of a change in the rapid increase of the number of lawyers and legal environment of the litigation and insurance will be expanded demand for

copper. This paper provides an overview on matters such as South Korea by examining features of the operating system of a lawyer and obtain liability insurance in Japan implications for whether you want to do for the development and settlement of such insurance.

**Key Words** : Lawyer Liability Insurance in Japan, Professional liability insurance, Rights Protection Insurance, Mandatory Liability Insurance Lawyer, Disclaimer Terms and Conditions, Lawyer Liability Special Terms.