

필수적 변호사 변론주의와 민사 국선대리인 도입 및 논쟁에 대한 토론회

2017. 9. 18 (월) 10:00

국회의원회관 제3세미나실

발제

01 민사소송에서의 국선대리인제도와 필수적 변호사 변론주의의 도입

홍세욱 대한변호사협회 제1기획이사

02 변호사강제주의를 도입하는 개정안의 문제점

최현진 대한법무사협회 법제연구위원

토론

사회 : 박희봉 대한법무사협회 윤리위원

좌장 : 백윤기 아주대학교 법학전문대학원 교수

정영환 고려대학교 법학전문대학원 교수

천정환 대한변호사협회 사업이사

윤동호 국민대학교 법학과 교수

김삼수 경제정의실천시민연합 정치사법팀 국장

권순건 서울중앙지방법원 판사

주최



국회의원 나경원



대한변호사협회
KOREAN BAR ASSOCIATION



대한법무사협회

■ 개 / 회 / 사 ■

나경원 국회의원	6
----------	---

■ 환 / 영 / 사 ■

김 현 대한변호사협회 협회장	8
노용성 대한법무사협회 협회장	10

■ 축 / 사 ■

김소영 법원행정처장 대법관	12
----------------	----

■ 주 / 제 / 발 / 표 ■

【 민사소송에서의 국선대리인제도와 필수적 변호사 변론주의의 도입 】	17
－ 홍세욱 대한변호사협회 제1기획이사	
【 변호사강제주의를 도입하는 개정안의 문제점 】	41
－ 최현진 대한법무사협회 법제연구위원	

■ 지 / 정 / 토 / 론 ■

좌 장 백윤기 아주대학교 법학전문대학원 교수	
01_ 정영환 고려대학교 법학전문대학원 교수	55
02_ 천정환 대한변호사협회 사업이사	67
03_ 윤동호 국민대학교 법학과 교수	73
04_ 김삼수 경제정의실천시민연합 정치사법팀 국장	79
05_ 권순건 서울중앙지방법원 판사	85

개회사

국회의원
나경원



안녕하세요.

국회의원 나경원입니다.

「필수적 변호사 변론주의와 민사 국선대리인 도입 및 논쟁에 대한 토론회」에 참석해주신 분들께 진심으로 환영의 말씀을 전합니다. 국민의 기본권 보장을 위한 사업들을 각자의 자리에서 열정적으로 진행하고 있는 대한변호사협회와 대한법무사협회 관계자 분들께서 이번 토론회 자리에 함께해 주셔서 감사합니다.

민주주의의 성숙을 위해서는 여러 요소가 필요하겠지만 그 중에서도 제도에서의 민주주의, 절차에서의 민주주의가 실현되는 것이 가장 중요하다고 생각합니다. 제도에서의 민주주의와 절차에서의 민주주의는 헌법과 법률에 의한 국정운영을 의미하는 법치주의가 제대로 확립되어야 구현될 수 있습니다. 한국 사회에서 법치주의 실현을 위한 인적 인프라는 구축되었으나, 법치주의 성숙을 위해 개선해야 할 제도는 아직 많다고 생각합니다.

특히 민사소송에서 경제적 능력과 소송제도의 지식이 부족한 당사자가 소송을 수행하다 불이익을 감수해야 하는 일이 빈번하게 발생하고 있습니다. 재판부가 석명권을 행사하거나 소송구조 제도를 활용하는 기존의 방식으로는 점차 한계에 다다르고 있습니다. 이를 근본적으로 해결하기 위해, 변호사가 필수적으로 당사자를 변론하도록 하는 것이 사회적 약자에 대한 배려와 국민의 기본권 보장을 실현하는 최적의 길이라고 주장하는 분들도 있지만, 동시에 국민의 재판청구권 보장에 도움이 되지 않고 오히려 국민의 부담만 가중시킨다고 생각하는 분들도 계십니다.

필수적 변호사 변론주의는 국민 개개인의 재판을 받을 권리와 직결되는 중대한 사안이므로 다각도에서 검토할 필요가 있습니다. 여건이 성숙되지 않은 상태에서 선부르게 제도가 시행되면 그 폐해는 법적 혼란을 통해 국민들에게 고스란히 돌아갈 수 있기 때문입니다. 이번 토론회를 통해 필수적 변호사 변론주의를 도입할 여건이 조성되어 있는지에 관한 논의가 이루어졌으면 합니다. 현 상태에서 경제적 능력에 따라 당사자가 부당하게 차별받게 될 것인지, 국민의 사법접근권이나 자기결정권에는 어떠한 영향이 있을지에 대한 검토가 면밀히 이루어지길 바랍니다.

끝으로 이번 토론회 개최를 위해 애쓰신 오늘 발제자와 토론자 분들께 감사드립니다. 국가의 사법제도 향상과 국민의 재판청구권 보장이라는 관점에서 필수적 변호사 변론주의와 관련된 다양한 견해를 경청하도록 하겠습니다. 토론회에 참석해 주신 분들께 다시 한번 감사드리며, 참석한 분들의 무궁한 발전을 기원합니다.

2017. 9. 18

국회의원 **나경원**

환영사

대한변호사협회 협회장
김 현



존경하는 나경원 의원님, 대한법무사협회 노용성 협회장님, 좌장을 맡아주신 백윤기 아주대 법학전문대학원 교수님, 주제발표를 맡아주신 홍세욱 대한변호사협회 기획이사님, 최현진 대한법무사협회 법제연구위원님, 토론자 정영환 고려대 법학전문대학원 교수님, 천정환 대한변호사협회 사업이사님, 윤동호 국민대 법학과 교수님, 김삼수 경제정의실천시민연합 정치사법팀 국장님, 권순건 서울중앙지방법원 판사님, 그리고 내외귀빈 여러분,

공정한 민사소송제도를 논의하기 위한 뜻 깊은 자리에 함께해 주셔서 감사합니다.

민사소송은 당사자 간의 공격과 방어에 의하여 심리가 진행되는 당사자주의를 원칙으로 하고 있습니다.

당사자주의가 적용되는 민사소송에서는 경제적 능력이 부족한 당사자가 변호사 없이 재판을 진행하다가 불이익을 겪는 일이 종종 발생합니다.

특히 상고심은 법률심이어서 원심의 법리오해를 파악할 수 있을 정도의 법률지식과 고도의 분석능력을 필요로 합니다.

또 당사자에게는 부당한 원심을 뒤집을 수 있는 마지막 기회입니다. 이런 점에서 적어도 상고심은 양당사자가 실질적으로 대등한 입장에서 재판받을 수 있어야 합니다.

형사소송사건과 헌법재판사건에는 이미 변호사에 의한 변론을 의무화해 실질적인 당사자의 평등을 실현하고 국민의 재판청구권을 보장하고 있습니다.

민사소송 상고심에 있어서 변호사가 필수적으로 변론하도록 하고, 경제적 이유로 변호사를 선임하지 못하는 당사자도 변호사를 선임할 수 있도록 민사 국선대리인 제도나 법률보험제도 도입 등 제도적 장치도 함께 강구돼야 합니다.

필수적 변호사 변론주의는 사회적 약자에 대한 배려와 국민의 기본권 보장을 이념적 기초로 합니다. 특정 집단 혹은 기관의 이해관계보다 국가의 사법시스템 향상과 국민의 재판청구권 보장이라는 측면에서 논의돼야 합니다.

대한변호사협회는 필수적 변호사 변론주의가 국민이 당연히 누려야 할 사법적 권리의 실현임을 염두에 두고 도입을 추진해왔고, 최근 나경원 의원께서 발의하신 민사소송법 일부개정법률안에 대하여 뜻을 같이 하고 있습니다.

오늘 토론회는 필수적 변호사 변론주의와 민사 국선대리인 제도와 관련한 문제점을 짚어보고, 여러분의 의견을 수렴하기 위하여 마련되었습니다. 이를 토대로 민사소송에서 국민의 권익을 적극적으로 보호할 수 있는 바람직한 방안이 논의되길 바랍니다.

대단히 감사합니다.

2017. 9. 18

대한변호사협회 협회장 **김 현**

환영사

대한법무사협회 협회장
노용성



안녕하십니까?

대한법무사협회 협회장 노용성입니다.

바쁘신 중에도 오늘 토론회를 주최해 주신 존경하는 나경원 의원님께 감사드립니다. 또한 대한변호사협회 김현 협회장님, 토론회 준비로 수고를 아끼지 않은 발표자 및 토론자 여러분, 그리고 국민의 권리구제에 깊은 관심을 갖고 토론회에 참석해 주신 참석자 여러분들께도 깊은 감사를 드립니다.

오늘 토론의 쟁점인 민사소송에서의 필수적 변호사 변론주의 도입은 1990년대부터 지속적으로 논의되어 왔습니다. 이를 주장하는 분들은 소송에 필요한 법률적 지식이나 기술의 부족 때문에 소송의 승패가 달라진다는 것은 문제가 있다고 주장하고 있습니다.

물론, 이 제도의 도입으로 변호사가 국민을 대신하여 소송을 수행한다면 국민이 직접 소송을 수행할 때에 비해 법률적 지식이나 기술의 부족 때문에 승패가 바뀌는 경우는 적어질 수도 있을 것입니다.

그러나 이는 일면적인 주장이 아닌가 생각합니다. 우리나라의 우수한 사법제도 하에서 대법원 상고심은 이미 1심과 2심에서 충분한 심리가 되어 사실관계가 모두 확정되었기에, 대법원에 올라오는 사건 중 약 90% 가량이 상고기각 되고 있는 것이 현실입니다.

상고심에서 변호사를 선임하지 않았다고 해서 승패가 뒤바뀔 가능성이 매우 적은 현실에서 변호사 필수주의를 강제하는 것은 국민의 재판청구권 보장에 도움이 되지 않을 뿐만 아니라 국민의 부담만 가중시킬 뿐입니다.

국민의 자유로운 의사결정 및 선택권을 박탈하고, 부담을 강제하는 일에는 매우 신중해야 합니다. 국민에 대한 강제는 국민의 자유를 제한하지 않고는 국민을 보호할 수 없을 때 비로소 사용되는 최후의 수단이어야 합니다.

우리는 개인의 자유를 최대한 보호하는 것을 이상으로 하는 자유민주 질서를 추구하며, 자유로운 인격을 가진 존엄한 인간성의 보장은 우리가 절대 포기할 수 없는 최상위 가치이기 때문입니다.

또한 우리나라에는 이미 120년 가까이 국민의 삶 속에 깊이 뿌리 내린 법무사를 비롯하여 오랜 시간에 걸쳐 국민의 권익보호 역할을 해 온 특화된 전문자격사들이 있습니다.

복잡하고 전문화된 오늘날 사회에서 국민의 효율적인 권리구제를 위해서는 국민이 여러 전문가로부터 필요한 조력을 받을 수 있도록 사회 환경과 제도를 마련하는 것이 필요합니다. 이렇게 하는 것이 국민의 사법접근권을 실질적으로 보장하고 확대하는 길이라 생각합니다.

이번 토론회가 필수적 변호사 변론주의 도입의 필요성뿐만 아니라 그 도입으로 인한 문제점에 대해서도 충분히 논의되는 계기가 되었으면 합니다. 나아가 인간의 존엄과 가치를 가진 국민의 자유를 존중하고, 사법에 있어서 국민의 선택권을 최대한 보장하는 방안에 대해 진지하게 고민하는, 뜻 깊은 시간이 되기를 기대합니다. 감사합니다.

2017. 9. 18

대한법무사협회 협회장 **노용성**

축 사

법원행정처장 대법관
김 소 영



존경하는 나경원 국회의원님, 김현 대한변호사협회 협회장님, 노용성 대한법무사협회 협회장님,
그리고 주제 발표와 토론을 위해 참석하신 분들과 내외 귀빈 여러분!

당사자가 실질적으로 대등한 입장에서 민사소송을 진행할 수 있도록 구체적인 제도 개선 방안
에 관하여 함께 고민하는 오늘 이 토론회의 공동 주최를 진심으로 축하드립니다.

잘 알고 계시겠지만 우리 민사소송법은 사적자치의 구현하기 위하여 처분권주의와 변론주의를
채택하고 있습니다. 특히 변론주의는 당사자가 소송자료를 제대로 수집·제출하고 합리적으로 주장
할 능력이 있다는 것을 전제로 하고 있습니다.

그런데 민사재판실무에서는 비용 부담 등 여러 사정으로 변호사 선임 없이 당사자가 직접 소송을
수행하는 경우가 많고, 이로 인해 실질적으로 대등하지 못한 입장에 놓이기도 합니다.

이와 같은 불평등을 막고 당사자의 정당한 권리를 보호하기 위하여 재판부는 적극적으로 석명권을
행사하거나 소송구조 제도를 활용하고 있지만, 변론주의 원칙과 불완전한 법률구조 제도로 인하여
한계가 있습니다.

이러한 상황에서 필수적 변호사 변론주의는, 법률지식이 부족한 당사자를 보호하고, 무분별한 소송을
방지함으로써 사법제도의 효율적 운영에 기여한다는 점에서 긍정적인 측면이 있다고 생각합니다.

그러나 변호사 보수를 지급하여야 하는 경제적 부담을 당사자에게 지우게 되고, 결국 당사자의 경제력에 따라 재판에서 불합리한 결과가 나올 수 있다는 지적도 함께 제기되고 있습니다.

따라서 필수적 변호사 변론주의는 소송구조 활성화, 법률비용보험제도 확대 등 제도적 보완책이 뒷받침되어야 합니다. 오늘 논의 주제에 포함된 민사 국선대리인 제도 역시 그와 같은 보완책 중 하나로 알고 있습니다.

법학전문대학원제도 시행으로 변호사가 수적으로 상당히 증가하였고, 법률비용보험제도에 대한 관심 역시 커지고 있는 점은 제도 도입을 위한 긍정적인 변화입니다. 최근 상고심에서의 필수적 변호사 변론주의 도입을 골자로 한 민사소송법 일부개정법률안도 발의된 것으로 알고 있습니다.

다만 필수적 변호사 변론주의는 국민들의 재판을 받을 권리와 직접 연결되는 중대한 사안인 만큼 제도 도입을 위해서 제도의 장·단점뿐만 아니라 구체적인 제도 설계 방법, 기존 법률구조 제도와의 관계 등을 면밀히 검토할 필요가 있습니다.

오늘 토론회는 바로 위와 같은 검토의 필요성에 부응하여 ‘필수적 변호사 변론주의’와 ‘민사 국선대리인’ 제도 도입 방안에 관하여 깊이 있는 의견을 나누는 매우 뜻깊은 시간이 될 것으로 확신합니다.

이번 토론회가 공정하고 신속한 민사재판제도 정착을 위해 필요한 건설적인 방향을 제시할 수 있기를 기원합니다.

끝으로 이와 같은 소중한 기회를 마련해 주신 나경원 국회의원님, 대한변호사협회 및 대한법무사협회에 깊은 감사의 뜻을 전합니다.

오늘 참석해주신 모든 분들께 항상 행운과 건강이 함께하기를 기원합니다. 감사합니다.

2017. 9. 18

법원행정처장 대법관 **김소영**

필수적 변호사 변론주의와
민사 국선대리인 도입 및 논쟁에 대한 토론회

발 제

01

민사소송에서의 국선대리인제도와 필수적 변호사 변론주의의 도입

홍세욱

대한변호사협회 제1기획이사

민사소송에서의 국선대리인제도와 필수적 변호사 변론주의의 도입

홍세욱

대한변호사협회 제1기획이사

I. 서론

대한변호사협회 제49대 김현 협회장은 취임 이래 임기 동안 반드시 이루고자 하는 정책으로 ‘필수적 변호사 변론주의의 도입’을 추진해오고 있다.¹⁾ 필수적 변호사 변론주의는 형사사건에서 법정형이 일정 기준 이상인 경우 변호인 없이 재판을 하지 못하도록 규정하여 피고인의 인권을 보호하는 것과 같이, 민사 사건에서도 일정한 사건의 경우 변호사에 의한 변론을 의무화하는 제도이다.²⁾

과거에도 필수적 변호사 변론주의에 대한 몇 번의 입법 시도가 있었지만 변호사 인력이 부족하고 소송구조제도가 불완전한 상황에서는 시기상조라는 이유로 번번이 좌절되었다. 그러나 현재는 로스쿨 제도의 도입으로 매년 1,500명 이상의 신규 변호사가 배출되고 소송구조제도 또한 확충되고 있어 과거와는 상황이 크게 달라졌다.³⁾

그럼에도 불구하고 법치주의를 충실하게 구현하는 제도개혁은 이루어지지 않고 있는 현 상황에서, 필수적 변호사 변론주의의 도입이야말로 우리사회의 법치주의를 혁신하는 방안이 될 것이다.

1) 2017. 3. 14.자 법률신문 대한변호사협회 제49대 김현 협회장 관련 기사는 “필수적 변호사 변론주의는 어디까지나 사회적 약자에 대한 배려와 국민의 기본권 보장을 그 이념적 기초로 한다. 따라서 이는 특정 집단 혹은 기관의 이해관계보다는 국가의 사법시스템 향상 및 국민의 재판청구권 보장 실질화라는 측면에서 논의되고 추진돼야 한다.”라고 게재하고 있다.

2) 김영훈, “필수적변호사변론주의 입법의 당위성과 실현방안” 「필수적변호사 변론주의 도입 민사소송법 개정 법률안 공청회 자료집」, 2014. 12. 19., p.3

3) 위 기사에서 김현 회장은 “중전에 필수적 변호사 변론주의가 도입되지 못했던 제도적 여건의 미비는 이제 대부분 보완됐다고 볼 수 있다. 대한변호사협회는 필수적 변호사 변론주의가 결코 강제되는 의무나 부담이 아닌 국민이 당연히 누려야 할 사법적 권리의 실현이라는 점을 염두에 두고 도입을 위해 만전을 기하고자 한다.”라는 의견을 밝혔다.

과거 대한변호사협회의 노력에 따라 2014. 11. 11. ‘필수적 변호사 변론주의’를 민사사건에 한하여 점진적으로 도입하는 법안이 윤상현 의원에 의하여 발의되었으나 시행되지 못하였다. 그로부터 수년이 흐른 현 집행부에 이르러 위와 같은 입법이 20대 국회에서 다시 추진된다. 나경원 자유한국당 의원은 2017. 6. 15. 민사사건 상고심에서 필수적 변호사 변론주의를 도입하는 내용의 민사소송법 개정안을 대표발의하였다.

나 의원은 "현행 민사소송법상 민법상의 행위능력을 갖는 사람은 소송능력을 갖기 때문에 민사재판절차상 원칙적으로 변호사를 소송대리인으로 선임할 것을 강제하고 있지 않다"면서 "현실적인 소송능력과 변론능력은 민법상 행위능력과 다를 뿐만 아니라 소송기술이나 경제력에 따라 소송 결과가 달라질 가능성이 높다"고 지적했다. 이어 "공정하고 정당한 민사재판제도의 정착을 위해서는 우선 법률심인 상고심 절차에서 필수적으로 변호사 대리인 선임을 강제해야 한다"며 "변호사를 선임할 자력이 없는 당사자를 위해서는 국선대리인 제도를 도입해야 한다"고 입법취지를 설명했다.⁴⁾

대한변호사협회는 필수적 변호사 변론주의가 결코 강제되는 의무나 부담이 아닌 국민이 당연히 누려야 할 사법적 권리의 실현이라는 점을 염두에 두고 이를 도입하고 정착시키기 위해 만전을 기하고자 하며, 아래에서 필수적 변호사 변론주의 입법의 당위성을 살펴보고 개정 법률안의 단계적 도입과 제도의 활성화를 위한 방안에 대하여 검토해보도록 한다.

II. 필수적 변호사 변론주의 도입의 필요성과 정당성

필수적 변호사 변론주의 도입의 필요성은 소송절차의 원활한 진행과 불필요한 소송방지 등 사법절차의 효율적인 운용의 측면과 이를 통한 당사자의 권익보호라는 측면이 주로 언급되고 있다. 필수적 변호사 변론주의를 반대하는 견해 중에는 이 제도가 국민을 후견하려는 것이어서 인격권을 침해하는 것이라는 비판도 있지만⁵⁾, 보다 효율적인 사법절차의 운영과 이를 통한 국민의 권익보호를 위해 존재하는 제도라고 보아야 한다는 점에서 ‘사법복지’를 실현하는 제도라고 보아야 한다.

4) 법률신문, “민사 상고심에 ‘필수적 변호사 변론주의’ 도입 법안 발의”, 2017. 6. 16.

5) 한국민사소송법학회, “변호사에 의한 소송지원 의무화 연구”, 2011, p.6

1. 사법절차의 효율적 운영을 통한 당사자의 권익 보호

소송 절차적 측면에서 필수적 변호사 변론주의 도입의 필요성은 단계별로 살펴볼 수 있다. 소 제기 단계에서는 불필요한 소송을 막음으로써 법원으로 오는 사건 수 자체를 줄여 법원의 업무경감효과를 가져올 수 있고, 이를 통해 사법제도가 보다 효율적으로 운영될 수 있게 한다. 또한 소 제기 후 소송절차의 진행단계에서 보다 효율적인 소송준비를 가능하게 하고, 이로써 소송절차가 집중적으로 진행되어 변론주의나 구술주의원칙과 같은 소송절차의 기본원칙들이 보다 잘 준수될 수 있도록 한다. 한편 분쟁 상황을 제3자의 입장에서 객관적으로 판단함으로써 보다 합리적인 분쟁해결을 도모할 수 있다는 점도 필수적 변호사 변론주의의 도입이 필요한 이유이다⁶⁾.

한편 당사자주의가 적용되는 민사소송절차는 당사자의 행위와 밀접하게 결부되어 있는바, 변호사에 의한 소송대리는 민사소송절차의 형식주의로부터 발생할 수 있는 불이익으로부터 당사자를 보호하는 기능을 할 것이다. 또한 본인소송의 경우 재판에서 법리적으로 중요한 사실자료를 선별해내기 어려우므로 당사자가 자신의 권리를 충분히 보호받을 수 없을 수 있으나 변호사에 의한 소송대리를 통하여 이러한 난점을 해소할 수 있고, 변호사가 소송에 참여함으로써 법원의 소송절차 진행이 적법한지를 감시하여 자의적이고 권한남용적인 부당한 소송 진행으로부터 당사자를 보호할 수 있다⁷⁾.

2. 국선대리인 선임 제도를 통한 사법복지의 실현

필수적 변호사 변론주의는 국선대리인 제도와 맞물려 사법복지를 실현하는 수단이 될 수 있다. 법률지식이 부족함에도 경제적인 이유로 변호사를 선임하지 못함으로 인하여 분쟁의 결과가 왜곡되고, 또 재산적인 손해를 입는 경우가 많기 때문이다. 개정안에서 국선대리인 제도를 도입한 것 역시 이러한 결과를 국가가 더 이상 방치해서는 안된다는 의지를 드러낸 것으로 보인다.

6) 한국민사소송법학회, 위의 글, pp.25-26

7) 한국민사소송법학회, 앞의 글, p.28

특히 민사소송을 규율하는 대원칙인 변론주의와 처분권주의로 인하여 변호사로부터 올바른 법적 조력을 받지 못할 경우 억울하게 패소하는 경우가 생기는 경우가 많다는 점도 이번 필수적 변호사 변론주의 도입의 당위성으로 언급되고 있다.

현재 민사소송절차에서 소송능력은 있으나 질병, 장애, 연령, 그 밖의 사유로 인한 정신적 · 신체적 제약으로 인하여 변론하기 어려운 자들을 위한 진술보조제도⁸⁾⁹⁾가 운영되고 있으며, 헌법소원심판청구에서는 변호사강제주의를 시행하는 한편 국선대리인제도를 두어 변호사를 대리인으로 선임할 자력이 없는 경우에는 당사자의 신청에 의하여 국고에서 그 보수를 지급하도록 하고 있다¹⁰⁾.

이러한 제도가 도입된 취지 또한 법률서비스 사각지대에 있던 사회적 약자들이 자신들의 권리를 마음껏 주장할 수 있게 되어 사법복지 실현에 기여하기 위함이라는 점을 고려할 때, 변호사를 선임할 경제력이 없는 사람들을 위한 국선대리인 제도의 신설로 국민들에 대한 사법복지 범위를 확대시킬 수 있을 것이다.

3. 필수적 변호사 변론주의 도입의 법리적 정당성

위에서 살펴본 바와 같이 필수적 변호사 변론주의가 사법절차적 측면과 당사자 권익보호 측면에 기여한다고 하더라도 당사자의 선택이 아니라 법률이 이를 강제하는 것이 당사자의 재판청구권과 평등권을 침해하는 것은 아닌지 문제된다.

8) 진술보조제이란 질병, 장애, 연령 등의 정신적 · 신체적 제약으로 법정 진술이 어려운 사람을 위해 진술을 도와주는 사람과 함께 법정에서 출석해 진술할 수 있도록 하는 제도이며 2017. 2. 4.부터 시행되고 있다(민사소송법 제143조의 2).

9) 제143조의2(진술 보조)

① 질병, 장애, 연령, 그 밖의 사유로 인한 정신적 · 신체적 제약으로 소송관계를 분명하게 하기 위하여 필요한 진술을 하기 어려운 당사자는 법원의 허가를 받아 진술을 도와주는 사람과 함께 출석하여 진술할 수 있다.

② 법원은 언제든지 제1항의 허가를 취소할 수 있다.

③ 제1항 및 제2항에 따른 진술보조인의 자격 및 소송상 지위와 역할, 법원의 허가 요건 · 절차 등 허가 및 취소에 관한 사항은 대법원규칙으로 정한다. [본조신설 2016.2.3.]

10) “그런데 한편 헌법재판소법 제70조에서는 국선대리인제도를 두어 헌법소원심판청구에서 변호사를 대리인으로 선임할 자력이 없는 경우에는 당사자의 신청에 의하여 국고에서 그 보수를 지급하게 되는 국선대리인을 선정해 주도록 되어 있다. 따라서 무자격자의 헌법재판을 받을 권리를 크게 제한하는 것이라 하여도 이와 같이 국선대리인 제도라는 대상조치가 별도로 마련되어 있는 이상 그러한 제한을 두고 재판을 받을 권리의 본질적 내용의 침해라고는 볼수 없을 것이다(헌법재판소 1990. 9. 3. 선고 89헌마120 결정).”

이와 관련하여 변호사에 의한 헌법소원심판대리를 법률로 규정하고 있는 헌법재판소법 제25조 제2항에 대한 헌법재판소 전원재판부의 판단을 검토해볼 필요가 있다. 헌법재판소는 1990. 9. 3. 89헌마120·212 전원재판부 결정 이래 최근까지 헌법소원심판청구 시 변호사 선임을 강제하는 것이 합헌이라고 판시하였는데 그 주요 논거는 재판을 통한 기본권의 실질적인 보장, 사법의 원활한 운영과 헌법재판의 질적 개선, 재판심리의 부담경감 및 효율화, 사법운영의 민주화 등 공공복리에 대한 기여도가 크고, 이러한 공익은 개인에 대한 경제적 부담과 재판청구권을 혼자서 행사할 수 없다는 사적 이익에 대한 제한보다 훨씬 크다고 할 것이며, 무자력자에 대하여는 국선대리인제도가 마련되어 있다는 점에서 과잉금지원칙에 위배되지 아니하다는 점과 위와 같은 현저한 공익을 고려할 때 변호사에게만 대리인 자격을 부여하는 것에는 합리적인 이유가 있다는 점을 들고 있다.

이 결정에서 헌법재판소가 변호사가 심판을 대리하는 경우의 장점으로 드는 논거는 헌법소송뿐 아니라 민사소송에도 적용될 수 있다는 주장이 제기된다.

즉, 필수적 변호사 변론주의 하에서 국민은 변호사에게 보수를 지급하여야 하는 경제적 부담을 지고 자신의 재판청구권을 혼자서는 행사할 수 없는 제한을 받기는 하지만, 법률지식이 부족한 당사자에 대한 조력을 통해 권리보호를 보장한다는 점, 승소의 가망이 없는 재판청구를 자제시키고 법률전문가인 변호사의 참여로 재판의 질적 향상을 꾀할 수 있다는 점 그리고 변호사의 감시를 통해 사법의 민주적 운영에 기여할 수 있다는 점 등 변호사 선임을 통해 얻게 되는 공공복리가 그로 인하여 제한되는 개인의 사적 이익에 비하여 훨씬 크다고 할 것이므로 필수적 변호사 변론주의는 공공복리를 위하여 필요한 합리적인 제도로서 헌법에 위반되지 않고 정당하다고 볼 수 있다¹¹⁾.

11) 한국민사소송법학회, 앞의 글, pp.30-32

III. 독일의 변호사강제주의(Anwaltszwang)에 관한 비교 법적 검토

독일은 민사사건 1심 및 고등법원과 연방대법원 사건, 가사사건, 행정사건의 고등행정법원과 연방행정법원에서 제소 단계부터 소송 종료 단계까지 변호사 대리를 원칙으로 한다. 프랑스도 예외적인 경우를 제외하고 변호사만 변론할 수 있으며 오스트리아도 기본적으로 변호사 필수주의를 택했다. 미국은 이를 채택하지 않지만 변호사가 100만 명을 넘는 등 쉽게 소송 의뢰가 가능하므로 아주 경미한 사건 외에는 본인소송을 하는 경우가 극히 드물다¹²⁾. 본 제도가 대표적으로 시행되고 있는 국가는 독일이므로 아래에서 독일의 경우를 상세히 검토해보도록 한다.

독일의 민사재판절차에서 당사자는 반드시 변호사에 의하여 대리되어야 하며¹³⁾, 이를 변호사 강제주의(Anwaltszwang)라고 한다. 변호사 없이는 당사자로서 소송절차를 진행할 수 없고 변론기일에 변호사 없이 출석한 당사자는 불출석으로 취급된다. 또한 변호사를 통하지 않고 당사자가 직접 작성한 서면은 법원의 심판에 반영되지 않는다.

독일의 변호사 강제주의는 독일 민사소송법 제78조에서 규정하고 있다. 이 규정은 소송법상의 강행규정으로서¹⁴⁾ 변호사 강제주의의 준수여부는 법원의 직권조사사항이다.¹⁵⁾

이 제도는 1877년에 최초로 도입되었으나, 현재까지도 제도의 문제점을 지적하는 견해가 이어지고 있다. 가장 큰 문제점으로 지적되는 사항은 변호사 선임 비용에 대한 부담과 불성실한 변호사로 인한 피해를 구제받기 어렵다는 점, 그리고 변호사의 조언이 오히려 패소로 연결된다는 점이다.¹⁶⁾

이후 격렬한 찬반 논쟁이 이어져오다가 1950년 민사소송법 개정법(Neufassung der Zivilprozeßordnung)¹⁷⁾에 의해 다시 본래 모습의 변호사 강제주의가 제78조에 규정되었으며,

12) 2017. 6. 29.자 파이낸셜뉴스, “[여의나루] 필수적 변호사 변론주의”

13) Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, § 78 Rdnr. 4.

14) Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, § 78 Rdnr. 4.

15) BGH NJW 1992, 2706.

16) Bergerfurth, Der Anwaltszwang und seine Ausnahmen, S. 5 f.

17) BGBl. I S. 533.

1959년 8월 1일 연방변호사법(Bundesrechts- anwaltsordnung)¹⁸⁾ 에도 명시됨으로써 확정적으로 자리를 잡게 되었다.

70년대에 이르러서는 합헌성 논란이 불거지기도 하였으나, 이를 통해 합헌성을 공식적으로 인정받음으로써 논란은 잠재워졌다. 이러한 판단은 사법제도의 올바른 운영이라는 공익이 결국 당사자의 권익을 보호한다는 점이 주요한 논거가 되었다.¹⁹⁾ 이러한 기초 하에 독일은 오히려 변호사 강제주의를 축소 또는 폐지하는 것이 소송당사자에게 불리하게 작용한다고 보기도 한다.²⁰⁾

변호사 강제주의의 객관적 적용 범위를 살펴보면, 원칙적으로 제소단계에서부터 소송의 종료 단계까지 적용되며, 적용되는 법원의 범위는 민사사건의 제1심 및 고등법원과 연방대법원 사건, 그리고 가사사건, 행정사건의 고등행정법원과 연방행정법원, 구술변론을 시행하는 연방헌법재판 등 매우 광범위하다.²¹⁾

한편, 당사자는 제한된 범위에서 소송상의 행위를 할 수 있는데, 변호사와 함께 참여한 구술 변론에서는 직접 진술하거나 자백할 수 있고, 변호사의 진술을 철회 또는 경정할 수 있다.²²⁾ 화해기일에서 의견을 진술하거나 증거조사에 참석하거나 출석의무가 부여되기도 한다.²³⁾

또한 소송기록의 열람과 복사를 신청하고 법관이나 감정인에 대한 기피신청, 소송절차 정지 신청 등은 당사자가 변호사 없이도 독립적으로 할 수 있는 소송행위에 해당한다. 그러나 당해 소송행위 자체만 변호사강제주의의 적용이 배제될 뿐 그와 연결된 절차는 반드시 변호사에 의하여 수행되어야 한다.²⁴⁾

독일은 특별변호사제도를 통하여 변호사 강제주의의 안정적인 운영을 도모하고 있다.²⁵⁾

18) BGBl. I S. 565.

19) BVerfG NJW 1980, 1706; 1993, 3192; BGH NJW 1990, 3085; 2006, 2779.

20) Künig, Theorie und Soziologie des zivilgerichtlichen Verfahrens, S. 24.

21) 또한 원칙적으로 당해 법원이 단독판사인지 합의부인지와는 무관하게 모든 소송절차에 대해 적용된다. 다만, 수탁판사와 수명법관의 소송절차는 예외이다(독일 민사소송법 제78조 제3항).

22) 독일 민사소송법 제85조 제1항, 제137조 제4항

23) 독일 민사소송법 제141조, 제278조

24) 한국민사소송법학회, 앞의 글, pp. 16-17

25) 독일 민사소송법 제78조 b.

이는 당사자의 자력이 있음에도 불구하고 즉, 자신의 노력에도 불구하고 적절한 변호사를 구하지 못한 당사자가 법원에 특별변호사 선임을 신청하도록 하는 제도인데, 이번 개정 법률안의 국선대리인제도는 경제적인 이유로 변호사를 선임하지 못한 경우에 대한 대비책이라는 점에서 차이가 있다.

한편 독일은 법률보험시장이 활성화되어 변호사 보수와 관련된 문제점이 상대적으로 적다고 볼 수 있다. 독일은 변호사 활용 문화가 정착되어 있으며, 변호사 수도 상대적으로 충분하고, 성공보수제도가 없으며, 변호사 수입료의 정량화가 정착되어 있기 때문이다. 이에 따라 유럽 전체 법률보험시장에서 60%의 점유율을 나타내고 있으며 법률비용보험회사, 변호사, 보험계약자는 서로 윈윈하는 관계에 있다.²⁶⁾ 다만 법률보험은 필연적으로 남소의 가능성을 동반하므로 이를 보완하는 노력이 계속되어야 할 것이다.

IV. 개정 법률안 – 필수적 변호사 변론주의의 단계적 도입

나경원 자유한국당 의원이 2017. 6. 15. 대표발의한 민사소송법 개정안의 구체적인 신설조항은 다음과 같다.

제424조의2(상고심의 소송대리) ①상고심 절차에서 당사자는 변호사를 소송대리인으로 선임하여야 한다.

- ② 제1항에도 불구하고 다음 각 호의 경우에는 변호사를 소송대리인으로 선임하지 아니할 수 있다.
 - 가. 각 당사자 또는 그를 위하여 법률에 따라 재판상 행위를 할 수 있는 사람이 변호사의 자격이 있는 때에는 그 당사자
 - 나. 상고를 제기한 사람의 상대방이 상고심에서 청구의 포기·인낙을 할 경우에는 그 상대방
- ③ 제1항의 규정에 따라 변호사를 소송대리인으로 선임하여야 하는 사람이 변호사를 소송대리인으로 선임하지 아니한 때에는 재판장은 상고이유서의 제출 전까지 상당한 기간을 정하여 그 기간 내에 변호사를 소송대리인으로 선임하도록 명령하여야 한다.
- ④ 제3항의 명령을 받은 상고인이 소송대리인을 선임하지 아니하거나 제424조의3 제1항의 규정에 의한 신청을 하지 아니한 때에는 재판장은 명령으로 상고장을 각하한다.
- ⑤ 제3항의 명령을 받은 상고인의 상대방이 소송대리인을 선임하지 아니하거나 제424조의3 제1항의 규정에 의한 신청을 하지 아니한 때에는 청구의 포기·인낙을 하는 것으로 추정한다.

26) 한국민사소송법학회, 앞의 글, pp. 109-110

제424조의3(국선대리인) ① 상고심절차의 당사자가 변호사를 대리인으로 선임할 자력(資力)이 없는 경우에는 상고법원에 국선대리인을 선임하여 줄 것을 신청할 수 있다.
 ② 상고법원은 제1항의 신청이 있는 경우 변호사 중에서 국선대리인을 선정한다. 다만, 그 신청이 명백히 이유 없는 경우에는 국선대리인을 선정하지 아니할 수 있다.
 ③ 대법원은 국선대리인을 선정하지 아니한다는 결정을 한 때에는 지체 없이 그 사실을 신청인에게 통지하여야 한다. 이 경우 신청인이 선임신청을 한 날부터 그 통지를 받은 날까지의 기간은 제424조의2 제3항의 기간에 산입하지 아니한다.
 ④ 제3항에 따라 선정한 국선대리인에게는 대법원규칙으로 정하는 바에 따라 국고에서 그 보수를 지급한다.

1. 대법원 상고심부터 도입

이번 민사소송법 개정안에서는 이 제도를 ‘대법원 상고 사건’부터, 그리고 ‘양 당사자에게 실시하는 방안을 마련하였다. 이에 따라 상고심 절차에서 당사자는 소송대리인으로 변호사를 선임하여야 하며, 상고심의 당사자가 변호사를 선임하지 않은 경우에는 재판장이 상당한 기간을 정하여 그 기간 내에 변호사를 선임하도록 명령하고, 위 명령을 받은 당사자는 민사국선대리인을 신청하거나 사선대리인을 선임하여야 하며 이에 따르지 않을 경우 상고장을 각하하도록 규정했다.

2. 국선대리인 선임

위와 같이 상고심의 양 당사자에게 변호사를 선임하도록 하면서도, 당사자가 변호사를 선임할 자력이 없는 경우에는 상고법원에 국선대리인 선임을 신청할 수 있도록 규정하고, 이렇게 선정된 국선대리인의 보수는 국고에서 지급하도록 규정하고 있다. 이는 헌법재판소법 제70조에서 헌법소원심판청구 시 변호사를 선임할 자력이 없는 자가 국선대리인의 선임을 신청할 수 있도록 규정한 취지와 동일하다고 할 것이다.

3. 소송대리인을 선임하지 않아도 되는 경우

개정안은 위와 같이 상고심에서 소송대리인을 선임하도록 하면서도, 상고를 제기한 사람의 상대방이 상고심에서 청구의 포기·인낙을 할 경우 그 상대방은 소송대리인을 선임하지 않고 상고심 절차를 진행할 수 있다.

또한 소송대리인 선임 명령을 받은 상고인의 상대방이 소송대리인을 선임하지 않거나 국선대리인선임신청을 하지 않은 경우에는 청구의 포기·인낙을 한 것으로 추정함으로써 이 경우에도 상고인의 상대방은 소송대리인을 선임하지 않고 재판을 진행할 수 있도록 하였다.

4. 개정안에 대한 평가

변호사에 의한 사건의 사전 검토와 이를 통한 남소 방지의 효과를 충분히 살리기 위해서는 제1심부터 필수적 변호사 변론주의를 적용하는 것이 바람직하나, 필수적 변호사변론주의의 도입은 기존의 사법시스템에 상당한 변혁을 가져온다는 측면을 고려할 때 대법원의 상고사건부터 시작하여 점진적으로 그 적용범위를 넓혀가는 편이 바람직할 것이다.

대법원이 법률심으로서 그 기능을 제대로 수행할 수 있기 위하여 무엇보다도 충실한 상고이유서가 작성되어야 하는데, 이렇게 중대한 의미를 갖는 상고이유서를 법률문외한인 당사자가 작성할 것을 기대하기는 어려우며, 따라서 필수적 변호사 변론주의는 다른 어떤 심급보다도 먼저 상고심에 대해 적용되어야 하기 때문이다¹⁾. 이러한 점에서 이번 민사소송법 개정 법률안은 필수적 변호사 변론주의의 도입뿐 아니라 이후 단계적인 실현을 고려하더라도 적절한 방안으로 보인다.

V. 개정 법률안에 대한 이견

1. 상고심에 우선적으로 도입하는 방안에 대한 비판 - 1심 합의부 또는 소액사건 우선 도입 주장

살펴본 바와 같이 이번 개정 법률안은 대법원 상고심부터 우선적으로 도입하자는 방안으로서 소위 “하향식 접근방향”으로 칭하여지고 있다. 이에 대하여 필수적 변호사 변론주의가 “법원의 업무편의를 도와주는 하수구”로 전락할 우려가 있다는 비판이 제기된다. 대법원이 법률심으로 제 기능을 하지 못하는 이유는 상고이유서 작성이 미비하기 때문이 아니라 상고사건을 처리할 대법관의 수가 부족하다는 데 있으며, 사실심 단계에서 소송당사자의 처분적 소송행위로 인

27) 한국민사소송법학회, 앞의 글, pp. 157-158

한 실수를 상고심단계에서 바로잡을 수 있는 기회는 극히 제한적이라는 것이다.²⁸⁾

또한 대법원 상고심은 이미 사실관계가 모두 확정되어 재판절차가 마무리되는 단계이며 대법원에 올라오는 사건 중 88%가 상고기각된다는 점에 비추어 볼 때, 사실상 인용될 가능성이 낮은 상태에서 중요한 자원과 인력을 투입하는 것은 경제적이지도 않고 국민의 재판청구권 보장에 도움이 되지 않는다는 주장도 있다. 따라서 필수적 변호사 변론주의의 도입 배경 중 당사자의 권익 보호 측면을 강조한다면, 사실심부터 도입되어야 한다는 것이다.

한편, 사실심 우선 도입을 주장하는 입장 중 일부는 1심 합의사건부터 도입하는 편이 바람직하다고 주장한다. 2015년 제1심 단독사건의 경우 쌍방 당사자의 변호사 선임율이 13%인 반면, 합의사건은 47.9%에 달하여 그 간극이 크다. 이는 사건의 중요도가 변호사 선임에 영향을 미친 것으로 보이므로 변호사 강제주의 역시 상대적으로 중요하게 인식되는 사건부터 시행하여야 한다는 것이다.

그러나 항소심 또는 민사 합의부 사건부터 적용하자는 방안은 상고심부터 적용해야 한다는 방안과 접근 방향에 있어 국민에게 부담을 가중시킨다는 점에서 적절하지 않다는 비판이 있다. 또한 소액사건이나 단독사건은 소가가 적은 사건일 뿐 법률적 쟁점과 입증이 간소한 사건이 아니라는 점에서 소가를 기준으로 사건의 난이도를 구별하는 것 자체에 대한 의문도 제기된다.

연도	합 의				단 독				소 액			
	처리건수	원 고	피 고	쌍 방	처리건수	원 고	피 고	쌍 방	처리건수	원 고	피 고	쌍 방
2011	53,437	13,373 (25.0)	3,475 (6.5)	24,239 (45.4)	241,185	66,196 (27.4)	10,765 (4.5)	27,822 (11.5)	673,366	169,035 (25.1)	5,163 (0.8)	2,367 (0.4)
2012	54,475	14,628 (26.9)	3,408 (6.3)	24,071 (44.2)	243,570	59,705 (24.5)	11,165 (4.6)	28,111 (11.5)	722,142	132,235 (18.3)	5,688 (0.8)	2,735 (0.4)
2013	58,053	16,360 (28.2)	3,610 (6.2)	25,204 (43.4)	254,130	61,630 (24.3)	11,126 (4.4)	29,713 (11.7)	804,992	124,272 (15.4)	7,313 (0.9)	3,736 (0.5)
2014	59,087	17,076 (28.9)	3,591 (6.1)	25,322 (42.9)	270,298	77,258 (28.6)	11,079 (4.1)	29,654 (11.0)	795,180	131,493 (16.5)	6,556 (0.8)	3,679 (0.5)
2015	50,957	14,143 (27.8)	2,889 (5.7)	24,421 (47.9)	257,638	77,025 (29.9)	11,480 (4.5)	33,545 (13.0)	711,578	126,592 (17.8)	7,225 (1.0)	4,195 (0.6)

주 : 1. 처리된 사건 중 변호사가 대리인으로 선임된 사건수로 '원고'란에는 원고만이 대리인을 선임한 경우, '피고'란에는 피고만이 대리인을 선임한 경우, '쌍방'란에는 원고, 피고 모두 대리인을 선임한 경우(당사자 일방 또는 쌍방이 수인일 경우 그 중 어느 1인만이 대리인 선임한 경우 포함)임
2. ()내 수는 선임비율임

〈표1〉 법원행정처 발간, 2016 사법연감 〈표16〉제1심 민사본안사건 변호사 선임 건수'

28) 이광수 변호사, “필수적 변호사 변론주의 도입의 새로운 방향 모색 - 소액사건 법무사 소송대리권 부여 동향과 관련하여”, p.9

이에 따라 필수적 변호사 변론주의를 민사소액사건부터 도입하여야 한다는 방안도 제시된다. 민사 소액사건의 경우 2015년 전체 처리 사건 중 원고 변호사 선임률이 17.8%, 피고 변호사 선임률은 1%, 쌍방 변호사 선임률은 0.6%에 그치고 있어 변호사 비용이 실질적으로 큰 부담으로 작용하고 있음을 알 수 있다는 이유에서이다. 경제적 사유로 인하여 변호사를 선임하지 못하는 국민들에게 국선대리인을 선임하여 주는 데에 제도의 당위성이 있으며, 이러한 국민적 필요성이 가장 크게 나타나는 분야가 민사소액사건분야라는 것이다.

그럼에도 불구하고 이번 개정안에서 대법원 상고심 사건부터 도입하는 방안을 채택하게 된 이유는, 위에서 본 논리적 근거 외에도 사건 수가 1심 사건에 비하여 비교적 적고²⁹⁾, 사선 선임이 어려울 경우 국선변호사제도를 운용하기 위한 변호사보수 정형화가 비교적 쉬우며 당장 필요한 예산도 적기 때문에 필수적 변호사 변론주의가 가져올 파장을 최소화할 수 있다는 점 및 그 추이를 살펴 보완해나가기 용이하다는 점 등 실제적 이유에서도 찾을 수 있다³⁰⁾.

구 분		접 수	처 리	미 제	처리율 (%)
심급·사건					
총	계	1,078,878	1,093,040	407,262	101.3%
제 1 심	계	1,006,592	1,020,173	363,352	101.3%
합	의	41,589	50,957	34,400	122.5%
단	독	262,730	257,638	124,593	98.1%
소	액	702,273	711,578	204,359	101.3%
항 소 심	계	58,421	59,044	38,423	101.1%
고 등 법	원	16,865	18,030	13,558	106.9%
지방법원	1심 단독	25,176	23,815	16,708	94.6%
	1심 소액	16,380	17,199	8,157	105.0%
상 고 심	계	13,865	13,823	5,487	99.7%
1 심 합	의	5,882	6,036	2,798	102.6%
1 심 단	독	5,903	5,790	2,026	98.1%
1 심 소	액	2,080	1,997	663	96.0%

〈표2〉 법원행정처 발간, 2016 사법연감 ‘(표12)민사본안사건 접수·처리·미제 건수’

29) 법원행정처 발간 ‘2016 사법연감’ pp.698-723

30) 김영훈, 앞의 글, p.10

2. 필수적 변호사 변론주의의 이념적 기초가 부실하다는 비판

개정안 추진의 당위성은 주로 ‘사법절차의 효율적 운영’과 ‘당사자의 권익보호’에서 찾을 수 있다. 그러나 기존 “변호사 강제주의” 도입론의 반대 논거가 ‘본인 소송의 기회를 봉쇄하여 국민의 재판받을 권리를 침해한다’는 점에 있었다는 점에 비추어 볼 때, 개정안이 제시하는 논거는 변호사 선임의무를 부과할 수 있는 타당성을 갖지 못한다는 비판이 제기된다. 오히려 당사자 입장에서 변호사 선임을 절실하게 원하지 않음에도 이를 강요받는 격이 되어 변호사들의 밥그릇을 확보한다는 인상만 준다는 것이다.

또한 위에서 살핀 헌법재판소의 변호사강제주의에 대한 합헌론³¹⁾과 이를 민사소송에 그대로 적용될 수 있다는 학계의 논증방식은 그런대로 타당한 논리적 구성을 구비하고 있으나, 제도의 도입을 논의하는 현 단계에서 논의하기에는 반대 논거를 압도하기에 빈약하다는 의견도 있다. 제도의 법률적 토대를 마련할지 여부가 불투명한 현재로서는 국회와 국민적 여론을 의식하지 않을 수 없어 “사회적 약자에 대한 국가와 사회공동체의 배려의무”에서 그 이념적 기초를 다져야 한다는 것이다.³²⁾

그러나 이러한 비판론은 사법절차의 효율적 운영과 국민의 권익보호라는 양 측면을 구분하여 접근하는 데 기인하는 것으로 보인다. 변호사 없이 당사자가 직접 소송에 나서는 이른바 ‘나홀로 소송’이 2014년 전체 민사사건의 70%를 넘어섰으며, 그 중 약 80%가량은 소액사건인 것으로 집계되었다. 그러나 소액사건의 변호사 선임 비율은 0.5%에 그치며, 낮은 법률용어와 복잡한 절차 탓에 승소하는 경우는 흔치 않다.³³⁾ 같은 이유로 민사사건의 진행이 지연되어 판사가 처리해야 할 사건이 누적됨으로써 분쟁의 실체와 동떨어진 판결이 내려질 가능성도 적지 않다. 결국 사법절차의 효율적인 운영은 비단 법원의 사건 처리의 편의만을 의미하는 것이 아니라 궁극적으로 당사자의 권익 보호와 맞닿아 있다는 점을 부각하여야 할 것이다.

31) 헌법재판소 2010. 3. 25. 선고 2008헌마439 결정

32) 이광수 변호사, 앞의 글, p.6

33) 대한변협신문, “나홀로 민사소송 늘었다”, 2015. 10. 12.

VI. 제도의 단계적 확대와 개선 방향

국선대리인 선임제도의 도입

가. 국선대리인 선임제도의 안정적인 정착

필수적 변호사 변론주의가 실현되기 위해서는 사회적 약자에 대한 대책 마련이 필수적이며, 이를 통해 본 제도가 당사자로 하여금 변호사에게 소송대리를 맡겨야 하는 '의무를 부과'하는 것이 아니라 당사자로 하여금 변호사의 조력을 받을 수 있는 '권리를 보장하기 위한 공적 제도의 구비'를 의미하는 것으로 이해되어야 한다.

이에 대하여 개정안은 상고심절차에서 사선 선임이 어려운 경우 국선 변호사의 선임을 신청할 수 있도록 규정하고 있으므로 당장 필요한 예산이 적다는 이점이 있다. 다만 향후 항소심과 1심에도 점진적으로 확대 적용할 것에 대비하는 준비가 필요하며, 남소로 인한 국가 재정의 낭비를 최소화하기 위해서 변호사보수를 소송비용에 실질적으로 산입하도록 하여, 국가가 패소당사자로부터의 변호사보수를 제대로 회수할 수 있는 길을 열어둘 필요가 있다.

또한 아래에서 살피는 바와 같이 법학전문대학원에서 매년 배출되는 변호사 수가 넘쳐나고 있으므로 필수적 변호사 변론주의의 정착을 위한 국선 변호사의 수적인 확보에 치중하기 보다는 질적인 변호에 비중을 둘 필요가 있다. 이를 위하여 국선 변호사의 교육 시스템을 확충하는 방안이나 재판부나 당사자의 국선대리인 평가제도를 도입하는 방안도 고려될만하다.

현행 형사사건의 국선변호인 선정에 관한 제언은 민사 국선대리인제도에도 적용될 수 있다. 국선대리인 선정권을 법원이 행사하는 구조로 가더라도 국선대리인 선정권한과 감독권한을 구분하여 이들 각 권한을 법원 내부의 다른 기관에 분배하고, 선정주체로서의 국가는 당해 사건의 심판자로서가 아니라 국민의 기본권보장의무를 진 공평무사한 국가라는 점을 분명히 해야 한다.³⁴⁾ 한편 대한변호사협회나 대한법률구조공단 등의 외부기관에 그 선정권한을 넘기자는 주

34) 정철, 국선변호인제도의 개혁방안-최근 국선전담변호사제도 개혁논의를 중심으로-, 헌법학연구 제20권 4호(2014), pp.239-258

장도 제시되고 있다. 독일의 경우 변호사단체에 국선변호인 선정권을 부여하자는 것이 다수의 입장이다.

국선대리인의 선정을 신청하는 권한뿐 아니라 이미 선정된 대리인을 취소와 변경을 신청하는 권한을 부여하는 방안도 논의되어야 한다. 이를 위하여 취소·변경사유의 존부를 평가하는 절차나 기관이 마련되어야 할 것이며, 필수적 변호사 변론주의를 위한 국선대리인제도가 국민의 재판청구권을 실질적으로 보장하는 방안이 될 수 있을 것이다.

나. 국선대리인 선임에 필요한 예산의 규모

개정안은 상고심 절차에서 당사자에게 소송대리인으로 변호사를 선임하도록 의무화하고, 변호사를 대리인으로 선임할 자력이 없는 경우에는 신청으로 상고법원에서 국선대리인을 선임할 수 있도록 하고 있다. 따라서 동 개정안 시행에 따라 국선대리인 선임에 필요한 예산의 규모가 문제될 수 있다. 개정법률안에 첨부된 비용추계서의 요지는 아래와 같다.³⁵⁾

(단위: 백만원)

	2019년	2020년	2021년	2022년	2023년	합계
국선대리인 선임비용	972	990	1,009	1,028	1,048	5,047

표 국선대리인 선임비용 예상(2019년~2023년)

위 비용은 대법원의 민사 본안사건 중 최근 3년³⁶⁾의 평균 상고사건 수인 1만 3,061건을 추계 기간 동안 개정안에 따른 상고사건 건수로 가정한 다음, 형사절차에서 무자력에 따른 국선변호인 선임 비율인 평균 19.4%³⁷⁾를 반영한 것이다. 위와 같은 과정을 거쳐 상고사건 1만 3,061건의 19.4%인 2,534건을 개정안에 따른 무자력자의 국선대리인 선임 건수로 가정하여 산정하였다.

또한 국선대리인의 보수는 형사소송법에 따른 일반국선변호인의 수임 건수 당 수임료인 36만 9,980원으로 가정하였다. 국선전담변호인은 대법원으로부터 월 보수(월 600만원부터 월 800만원까지)를 받고 있으나, 현재 단계에서 월 보수를 지급할 기준 건수 등을 산정하는 데 한계가 있

35) 나경원의원, 민사소송법 일부개정법률안(7409) 비용추계서, 국회예산정책처

36) 2013년부터 2015년까지

37) 2003년부터 2005년 기준; 국회예산정책처의 회계연도 결산 분석보고서(2007년), 법제사법위원회의 국정감사 자료(대법원, 2006. 10.)

으므로 국선전담이 아닌 일반국선변호인의 건수당 수입료를 기준으로 하였다.

따라서 2017년도 국선대리인 선임 비용은 9억 3,753만원(=2,534건×36만 9,980원)으로 추정되며, 여기에 물가상승률을 반영하면, 2019년 9억 7,200만원, 2023년 10억 4,800만원 등 추계 기간 동안 총 50억 4,700만원이 소요될 것으로 추계한 것이다.

이에 대하여 국선대리인 1건당 수입료를 2017년 기준으로 36만 9,980원으로 책정한 것은 상고심에서의 국선대리인 수입료로 현실적이지 못하다는 지적이 있으며³⁸⁾, 2015년 사법부 전체 소송구조 예산은 공탁출연금 60억 2,400만원으로 소송구조 변호사 보수를 기본보수 100만원으로만 따져도 6,024건(2015년 민사본안 전체 접수사건 1,078,878건 대비 0.55%)만 지원이 가능하다는 비판이 제기된다.³⁹⁾

그러나 소송구조 변호사 비용은 2017. 1. 1.부터 80만원으로 감액 조정되었으며⁴⁰⁾, 위 추계는 상고심에 우선적으로 도입하는 개정안을 전제로 산정된 비용이므로 민사본안 전체 사건수가 아닌 상고사건수를 기준으로 그 타당성을 검토해야 한다.

따라서 소송구조 변호사 기본보수를 80만원을 기준으로 하였을 때, 2015년 소송구조 예산인 60억 2,400만원으로 최근 3년 평균 상고사건 수 13,061건 중 7,530건을 지원할 수 있으며, 이는 전체 상고사건의 57.65%를 차지한다.

그밖에 대한변협법률구조재단(2016년 구조신청 1,749건)이나 대한법률구조공단(2016년 소송구조 150,088건) 등에서 부족한 저변을 보완하고 있으며,⁴¹⁾ 소송구조지원사업의 재원인 사법서비스진흥기금의 지난해 여유자금은 당초 예상했던 20억 8,300만원보다 대폭 증가한 55억 6200만원에 달했다는 점 등을 고려해보면, 현재의 소송구조 예산을 유지하는 방안으로도 필수적 변호사 변론주의를 위한 국선대리인 선임비용은 충분히 보조될 수 있을 것으로 보인다.

38) 전병서, 필수적 변호사 변론주의와 민사 국선대리인 도입을 위한 토론회, p. 56

39) 이국현, 위의 글, p.39

40) 「소송구조제도의 운영에 관한 예규」 제11조

41) 이국현, 위의 글, p.39

다. 국선대리인의 법률서비스 및 관리시스템⁴²⁾

국선대리인 선임의 경우 법률서비스의 질적인 측면에 대한 우려가 있을 수 있다. 그러나 대한변협 산하 법률구조재단의 구조사업 현황을 살펴보다도, 구조사건을 수행하고자 하는 변호사 수가 증가하고 있으며, 실제 대부분의 수행 변호사들이 열의를 가지고 적극적으로 사건을 수행하고 있어 법률구조재단의 승소율이 80~90%에 육박하고 있다. 수행변호사단의 법조경력도 3년 미만부터 30년 이상으로 다양하며, 전문분야도 다양함은 물론 그 중 5년 이상의 경력자가 약 70%에 육박하고 10년 이상의 경력자는 30%이상을 차지하여 효율적이고 전문화된 소송구조 활동을 펼치고 있다. 특히 현재 변호사 배출 규모에 비추어 보았을 때 10년차 이상의 변호사 수가 30% 이상이라는 점은 구조사건에 대한 변호사들의 높은 관심과 호응을 보이고 있음을 나타낸다고 할 것이다.

또한 위 재단은 구조사건의 소제기 시부터 종료시까지 소송진행에 관한 서류를 제출받아 소송진행을 점검하고, 필요한 경우 수행변호사를 교체하거나 구조사건 지정에서 배제하는 등 꾸준한 관리를 하고 있다.

향후 필수적 변호사 변론주의 도입 이후 재원이 확충된다면 사업규모가 늘어나 구조사건에 대한 변호사들의 큰 호응이 예상되며, 이로써 국선대리인단 규모의 확충은 쉽게 달성될 수 있을 것이다. 또한 대한변협과의 적극적인 연계로 전국의 각 읍·면·동에 위촉된 마을변호사를 통한 지역 주민들과의 접근이 가능하게 되어 국민이 전국의 변호사에게 접근할 수 있는 가능성이 폭 넓게 열릴 것이다.

국선대리인 선임을 위한 소송구조제도의 세부적인 절차에 대해서는 법원과 변호사협회 내부적으로 더 논의해야 할 부분이 존재하지만 상고심에 우선도입한다는 이번 개정안은 현재 법률구조재단의 구조시스템의 큰 변화 없이도 실시할 수 있을 것이다.

42) 오승연, 위의 글, pp.48-51

2. 법률적 서비스 소외에 대한 지원 대책

변호사 수가 2만 명을 돌파하는 시점에 돌입하였으나, 우리나라는 현재 대도시 중심으로 변호사가 집중되어 있어 지역 간 변호사 불균형이 심각하다. 대한변협 의 자료에 따르면, 2016년 9월 전국에서 개업 중인 변호사 1만 7천여 명의 약 76.5%인 1만 3천여 명이 서울에 집중되어 있으며, 전국 시군구에서 변호사가 1명 이하인 지역은 84곳에 이른다.⁴³⁾

필수적 변호사 변론주의를 도입하려면 당사자가 쉽게 변호사를 찾을 수 있는 환경이어야 하는데, 현재의 상황에서는 오히려 선부른 도입으로 당사자의 권익침해를 가져올 수 있다. 한 지역에 변호사가 1명뿐이라면, 양 쪽 분쟁 당사자 중 한 쪽 당사자는 이해상반이 생겨서 동일한 변호사에게는 상담조차 할 수 없게 되어 공평하지 않게 되는 사정이 발생하기 때문이다.

일본의 경우, 이와 같은 법률 소외 지역의 해결을 위하여 일본의 대한변협격인 일본변호사연합회가 지난 1996년 ‘변호사 과소 지역에 법률 상담체계 확립 선언’ 이른바 ‘나고야 선언’을 했다. 이 선언을 통해 “무변촌은 국민의 평등을 침해하는 문제”라며 무변촌 해결을 긴급 현안으로 지정했다. 이후 일본 변호사들은 ‘해바라기 기금’을 조성해 변호사 과소지역에 개업한 변호사들에게 운영자금과 정착비 등을 지원하였고 그 결과 10여 년이 지나서는 무변촌이 하나도 남지 않았고, 변호사가 한 명 뿐인 지역도 줄어들었다⁴⁴⁾.

우리나라도 일본변호사연합회가 노력한 취지에 발맞춰 지방변호사협회에 등록된 기준지를 기준으로 지역별 변호사의 수를 분배하고 이를 통해 평균적인 법률 서비스의 질적 향상을 꾀할 필요가 있다.

현재 필수적 변호사 변론주의 도입의 가장 큰 난관은 변호사 보수 문제이다. 우리는 독일과 달리 변호사 보수가 법정화되어 있지 않으며, 아직까지 일반 국민들에게 변호사 보수는 상당한 부담으로 느껴지고 있다. 이런 상황에서 필수적 변호사 변론주의를 도입한다면 국민적인 저항이 뒤따를 수밖에 없다.

43) SBS뉴스 “무변촌을 아십니까?...당신이 변호사를 만나기 힘든 이유”, 2016. 11. 9.

44) 한국민사소송법학회, 앞의 글, pp. 40-61

그 해결을 위하여 변호사 보수를 법정화하는 방안이 논의되고 있다. 변호사 보수 법정화는 당사자를 보호할 뿐 아니라 변호사도 보호하는 방안이 될 수 있다. 당사자의 입장에서는 변호사 보수 산정의 기본적인 내용이 법에 규정되어 객관성과 예측 가능성이 보장되어야만 당사자는 변호사 보수 비용을 고려하여 소 제기에 대한 결정을 할 수 있으며, 변호사 입장에서는 변호사 보수의 최저 기준을 법에 명시해 줌으로써 법률 서비스에 대한 부당한 평가를 피할 수 있으며 과다 경쟁으로 인하여 변호사의 업무에 대한 정당한 가치가 인정받지 못하는 현상을 예방할 수 있게 된다. 그리고 변호사 보수의 법정화가 실현되면 실질적인 변호사 비용이 소송비용에 산입될 수 있는 근거가 되며, 법률비용보험의 활성화에도 기여하게 될 것이다.⁴⁵⁾

변호사보수의 법정화에 있어서 우선 소송목적의 값을 기준으로 산정하는 방식이 기본이 되어야 한다. 다만, 사건의 난이도와 사건에 들인 시간과 노력 등 사건의 경과를 반영할 수 있는 보수산정 기준이 필요하다. 그러나 그 구체적인 방법을 정하기는 상당히 어려울 것이므로 대한변협과 변호사 등이 모여 계속 의견을 수렴하여 나가야 할 것이다.

4. 적절한 소송구조의 보장

필수적 변호사 변론주의 도입에 난색을 표명하는 가장 실질적인 이유 중의 하나는 바로 변호사 비용에 대한 당사자의 부담이다. 위에서 살펴본 바와 같이 수임료 부담 문제가 해결되지 않는 한 필수적 변호사 변론주의가 도입되기는 쉽지 않다⁴⁶⁾. 당사자가 경제적 자력이 부족하여 변호사보수를 포함한 소송비용을 감당할 수 없다면 법원으로 접근하는 것을 어렵게 만들어 재판관을 통한 권리의 실현 또는 구제가 곤란해지고, 극단적으로는 사법제도가 소송비용을 감당할 능력이 있는 경제적 자력이 있는 자의 특권으로 전락하게 된다.

이를 해결하기 위하여 변호사 보수의 법정화와 더불어 소송구조의 가능성을 열어두어야 한다. 경제적인 이유로 법원의 소송제도를 이용하지 못한다거나 변호사의 적절한 지원을 받을 수 없다는 것은 국민의 재판받을 권리가 실질적으로 보장되지 못하는 것이기 때문이다.

45) 한국민사소송법학회, 앞의 글, pp. 66-79

46) 전병서, “필수적 변호사 변론주의” 「필수적변호사 변론주의 도입 민사소송법 개정법률안 공청회-토론문」, 2014. 12. 19., p.37

현행 법률구조는 대한법률구조공단에 의한 법률구조, 법원에 의한 소송구조 및 국선변호, 대한변호사협회 주도로 설립된 대한변협 법률구조재단 등 민간법률구조기관에 의한 법률구조가 있다. 그 중 대한법률구조공단의 법률구조실적은 매년 증가하여 2010년 113,092건에서 2016년 150,088건으로 확대되었다.⁴⁷⁾

제128조(구조의 요건)

- ①법원은 소송비용을 지출할 자금능력이 부족한 사람의 신청에 따라 또는 직권으로 소송구조(訴訟救助)를 할 수 있다. 다만, 패소할 것이 분명한 경우에는 그러하지 아니하다.
- ②제1항의 신청인은 구조의 사유를 소명하여야 한다.
- ③소송구조에 대한 재판은 소송기록을 보관하고 있는 법원이 한다.
- ④제1항에서 정한 소송구조요건의 구체적인 내용과 소송구조절차에 관하여 상세한 사항은 대법원 규칙으로 정한다.

과거 민사소송법 제118조는 구조를 받는 사람이 ‘자력없는 자’일 것과 ‘승소의 가망이 없지 않을 것’을 소송구조의 요건으로 규정하였다. 그러나 2001년 대법원은 “민사소송법 제118조 제1항의 규정에서 패소할 것이 명백하지 않다는 것은 소송상 구조신청의 소극적 요건이므로 신청인이 승소의 가능성을 적극적으로 진술하고 소명하여야 하는 것은 아니고 법원이 당시까지의 재판절차에서 나온 자료를 기초로 패소할 것이 명백하다고 판단할 수 있는 경우가 아니라면 그 요건은 구비되었다고 할 것이며, 항소심은 속심으로서 원칙적으로 제1심에서 제출하지 않았던 새로운 주장과 증거를 제출할 수 있으므로 제1심에서 패소하였다는 사실만으로 항소심에서도 패소할 것이 명백하다고 추정되는 것은 아니어서 제1심에서 패소한 당사자가 항소심에서 소송상 구조를 신청하는 경우에도 신청인이 적극적으로 항소심에서 승소할 가능성을 진술하고 소명하여야 하는 것은 아니고 법원은 신청인의 신청이유와 소명자료는 물론 본안소송에서의 소송자료 및 증거자료도 함께 종합하여 항소심에서 신청인이 패소할 것이 확실한지를 판단하여야 할 것이다.”라고 판시하여 소송구조 요건을 다소 완화하는 취지의 판결을 내렸다.⁴⁸⁾

이후 2002년 민사소송법 개정시에 위 판례의 취지가 반영되었으며, 현행 민사소송법 제128조는 ①구조를 받는 사람이 소송비용을 지출할 자금능력이 부족한 사람일 것과 ②패소할 것이 분명한 경우가 아닐 것을 법률구조의 요건으로 두어 소송구조의 요건이 완화되었다.

47) 대한법률구조공단, 법률구조실적, <http://www.klac.or.kr/html/view.do?code=82>.

48) 대법원 2001. 6. 9.자 2001마1044 결정

또한 민사 법률구조 사건 수는 2010년 기준 126,114건에서 2016년 169,829건으로 크게 확대되어 증가하는 추세임에도 법원에 접수되는 민사법률구조 사건의 인용비율은 2010년부터 2015년까지 꾸준히 65% 수준을 유지하고 있다⁴⁹⁾. 이와 같이 법률구조제도는 앞으로도 꾸준히 발전할 것으로 보이는데, 윤상현 의원등에 의한 지난 입법 시도시 소송상구조제도가 완벽하지 않아서 시행이 불가하다는 반박은 더 이상 이유가 없다고 할 것이다.

필수적 변호사 변론주의의 실효성 확보를 위해서는 소송비용을 지출할 자력이 부족한 당사자가 소송구조 신청을 통해 변호사를 자유롭게 선임할 수 있어야 할 것이다. 그러므로 소송구조제도의 활성화가 필수적 변호사 변론주의 도입의 관건이 될 것이며, 비용추계서에서 살핀 바와 같이 소송구조 예산은 현재 수준으로 유지되기만 하여도 국고에서 충분히 지원될 수 있으므로 국선대리인 및 소송구조제도가 제도 도입의 촉매제가 될 수 있을 것으로 보인다.

5. 소송구조제도와 법률비용보험과의 연계

변호사비용을 배분하는 방식에 있어 법률비용보험의 중요성이 부각된다. 위에서 살펴본 바와 같이 변호사 보수의 법정화에 의해 변호사 보수 산정의 객관성이 담보된다면 법률비용보험을 보다 쉽게 도입할 수 있고, 그렇다면 당사자는 적은 비용을 들여 변호사를 선임할 수 있게 된다.

일정소득액 이하의 저소득층에게는 현행의 소송구조제도를 적용하되 그 수혜대상자 범위를 확대시키고, 중간소득층에게는 일정정도 자기가 부담하는 조건하에 법률서비스를 받도록 제도 화합과 아울러 법률비용보험을 일반화하는 방식으로 법률구조의 기본틀을 짜나가는 것이 타당하다⁵⁰⁾.

49) 법원행정처, 사법연감.

50) 전병서, 앞의 글, p.37

VII. 결론

“필수적 변호사 변론주의와 국선대리인 제도”는 사회적 약자에 대한 배려를 통하여 국민의 기본권을 보장하는 것을 목표로 한다. 이러한 이념적 기반을 국민에게 알림으로써 동 제도가 국민에게 과도한 의무나 부담을 지우는 것이 아닌 당연히 누려야할 사법적 권리를 실현하는 방안이라는 점을 납득시켜야 할 것이다. 과거 “필수적 변호사 변론주의”의 도입을 가로막은 장애물은 이제 더 이상 존재하지 않는다. 앞으로는 “필수적 변호사 변론주의와 국선대리인 제도”를 시행하고 점차 그 적용영역을 확대함으로써 동 제도를 올바르게 실현하는 단계만 남아있는 것이다.

필수적 변호사 변론주의와
민사 국선대리인 도입 및 논쟁에 대한 토론회

발 제

02

변호사강제주의를 도입하는 개정안의 문제점

최현진

대한법무사협회 법제연구위원

변호사강제주의¹⁾를 도입하는 개정안의 문제점

최현진

대한법무사협회 법제연구위원

I. 들어가는 말

변호사강제주의의 도입을 내용으로 하는 민사소송법 개정안(이하 ‘개정안’이라고 한다)이 또 발의되었다. 1990년 법무부가 고등법원 이상의 법원에서 적극적 당사자에 대하여 변호사강제주의의 도입을 추진한 이래 변호사강제주의를 도입하기 위한 민사소송법 개정의 시도는 계속되고 있다. 특히 2014. 11. 윤상현 의원 등 14인의 국회의원은 변호사강제주의를 도입하는 내용을 담은 민사소송법 개정안을 발의하였다가 시민단체와 학계 및 법무사협회 등의 강력한 반대에 부딪히자 2015. 5. 6. 철회한 바 있으며, 2014. 12. 홍일표 의원 등 168인의 국회의원도 상고법원을 설치하고 상고법원이 아닌 대법원 심판사건에 변호사강제주의를 도입하는 내용이 포함된 민사소송법 개정안을 발의하였다가 폐기된 바 있다.

이번에 국회에 제출된 개정안은 상고심에 변호사강제주의 및 국선대리인 제도를 도입하기 위한 것으로 그 내용은 다음과 같다. 상고심 절차에서 당사자는 변호사를 소송대리인으로 선임하여야 하며, 재판장으로부터 변호사선임명령을 받고도 상고인이 변호사를 선임하지 않는 경우에는 상고장이 각하되고, 피상고인이 변호사선임명령을 받고도 변호사를 선임하지 않으면 청구의 포기·인낙을 하는 것으로 추정한다. 또한 상고심절차의 당사자가 변호사를 대리인으로 선임할 자격(資力)이 없는 경우에는 상고법원에 국선대리인을 선임하여 줄 것을 신청할 수 있게 하는 것이다.

이하에서는 개정안의 문제점을 살펴보고 국민의 권익보호를 위한 제안을 하고자 한다.

1) 개정안에서는 ‘필수적 변호사 변론주의’라고 표현되어 있으나, 필수적 변호사 변론주의란 그 동안 일반적으로 사용하던 ‘변호사강제주의’와 같은 것이다. 즉, 변호사강제주의에서 ‘강제’라는 표현이 국민들에게 국민의 의사와 무관하게 억지로 의무를 부담시킨다는 느낌이 강하여 ‘필수적 변호사 변론주의’로 그 표현을 바꾼 것에 지나지 않은 것이다. 여기서는 실질적으로 그 내용을 보다 더 정확히 나타낼 수 있는 종래의 ‘변호사강제주의’라는 용어를 쓰기로 한다.

II. 개정안의 문제점 : 변호사강제주의의 문제점

1. 국민은 스스로 결정할 수 있어야 한다.

모든 국민은 인간으로서 존엄과 가치를 가지며, 행복을 추구할 권리가 있고(헌법 제10조), 또한 행복추구권에서 파생되는 자기결정권이 있다. 따라서 국민은 자기의 책임 하에 자기의 운명에 대하여 결정·선택할 수 있고²⁾ 그 결정과 선택은 존중되어야 한다. 민사소송법은 국민의 자기결정권을 존중하기 위해 당사자주의를 원칙으로 채택하였다. 즉, 민사소송의 절차에서는 소송자료의 수집·제출의 책임이 당사자에게 있고 법원은 당사자가 변론에서 제출한 소송자료만을 기초로 재판할 수 있다. 이와 같이 자기결정권이 지배하는 민사소송절차에서는 국민이 자기의 소송에 있어서 자신이 직접 소송을 수행할 것인지 아니면 소송대리인을 선임할 것인지 여부를 결정할 수 있어야 한다.

일본의 통계자료(2005년부터 2011년까지 통계)에 따르면, 본인 소송을 하는 원고의 62.9%가 본인 스스로 소송을 수행하고 싶다는 의욕 때문에 변호사를 선임하지 않는다고 한다³⁾. 이러한 통계가 보여주듯이 국민은 자기 소송의 주체로서 소송에 관하여 스스로 결정권을 행사하고 싶어 한다. 자기 삶의 주체가 되고 싶은 것은 자유의지를 가진 존엄한 인간으로서의 본성에 기인하는 것이므로 자기 소송을 스스로 수행하고 싶은 것은 우리나라의 경우도 마찬가지일 것이다. 따라서 국민으로 하여금 무조건 변호사를 선임하도록 강제하는 것은 국민의 자기결정권을 침해한다.

변호사강제주의가 국민의 자기결정권을 침해한다는 것은, 법학자나 법학교수, 법무사 등의 전문지식을 가지고 있는 국민이 당사자인 경우를 생각해 보면 쉽게 이해된다. 변호사들보다 훨씬 전문적인 법률지식을 갖추고 있는 법학자나 법학교수, 법률적 업무에 상당기간 종사한 법무사 등 스스로 소송을 수행할 수 있는 능력이 있고 또 스스로 소송을 수행하길 원하는 국민에게 무조건 변호사를 선임하도록 강제하는 것은 국민의 자기결정권을 박탈하는 것이고 국민의

2) 헌재 2014. 7. 24. 2012헌바292

3) 전병서, “필수적 변호사 변론주의와 민사 국선대리인 도입을 위한 토론문” 『필수적 변호사 변론주의와 민사 국선대리인 도입을 위한 토론회 자료집』 2017. 7. 11, p57

재판청구권을 침해하는 것이 명백하다.

변호사강제주의의 도입을 주장하는 측은 소송수행능력에 따라 소송결과가 달라지는 문제를 해결하기 위해 변호사강제주의가 필요하다고 한다. 소송수행능력에 따라 소송 결과가 달라지는 것이 문제라면 소송수행능력의 유무가 소송수행가부의 기준이 되어야 할 것이다. 그러나 변호사강제주의는 국민으로 하여금 무조건 변호사를 선임하도록 강제하는 것으로 소송수행의 가부가 소송수행능력의 유무가 아닌 변호사자격의 유무에 따라 결정되는 것이다. 따라서 변호사강제주의는 소송수행능력에 따라 소송결과가 달라지는 문제에 대한 올바른 해결책이 아니다.

또한, 변호사강제주의의 도입을 주장하는 측은 상고심은 법률심이므로 강제로 법률전문가인 변호사를 선임하게 할 필요성이 크다고 한다. 그러나 민사소송에서 국민의 자기결정권이 존중되어야 한다는 것은 소송이 계속된 심급이 사실심인가 법률심인가에 따라 달라지는 것이 아니다. 국민은 자유로운 인간으로서 자신의 삶에 대하여 스스로 결정할 수 있어야 한다는 명제는 법률심이라고 해서 달라질 수 없기 때문이다. 하급심까지는 자기결정권이 있던 국민이 상고심에 이르면 갑자기 자기결정권을 잃게 되고 자기 소송에 관하여 변호사선임 말고는 다른 선택을 할 수 없다는 것은 도저히 납득할 수 없다. 따라서 국민은 자기 소송의 주체로서 상고심에서도 자기 스스로 소송을 수행할지 아니면 소송대리인을 선임할 지를 스스로 결정할 수 있어야 한다. 오히려 상고심은 최종심이기에 때문에 국민의 자기결정권이 더욱 존중되어야 할 것이고 국가는 국민이 상고심의 소송수행과 관련하여 합리적으로 자기결정을 할 수 있도록 각종 지원을 해야 할 것이다. 국가는 상고심이 법률심이라는 이유로 무조건 변호사를 선임하도록 강제할 수 없다.

변호사강제주의의 도입을 주장하는 입장에서는 이미 헌법소송⁴⁾과 형사소송⁵⁾에 변호사강제주의가 시행되고 있으며, 헌법재판소도 헌법재판에서의 변호사강제주의는 헌법에 위배되지 않는다고 결정한 바 있음⁶⁾ 강조하면서 민사소송에도 국민의 권익보호를 위해 변호사강제주의를 도입할 필요가 있다고 한다.

4) 헌법재판소법 제25조 제3항 본문은 “각종 심판절차에서 당사자인 사인(私人)은 변호사를 대리인으로 선임하지 아니하면 심판청구를 하거나 심판 수행을 하지 못한다”라고 규정하고 있어 헌법재판에 있어서 변호사강제주의를 채택하고 있다.

5) 형사소송의 경우, 사형, 무기 또는 단기 3년 이상의 징역이나 금고에 해당하는 사건으로 기소된 경우 변호인 없이 개정하지 못하며(형사소송법 제282조 참조), 상고심에는 변호사 아닌 자를 변호인으로 선임하지 못한다(형사소송법 제386조 참조)고 하여 변호사강제주의가 제한적으로 도입되어 있다.

6) 1990. 9. 3. 89헌마120 • 121 전원재판부

그러나 헌법재판은 공권력에 의한 국민의 기본권침해를 막기 위해서, 형사소송에서는 국가형벌권 실현과정에서 공권력 행사로부터 국민을 보호하기 위해 변호사강제주의가 필요한 면이 있다. 즉, 우월한 공권력과 국민과 관계에서 국민을 보호할 필요가 있기 때문에 변호사의 선임을 강제하는 것이 정당화될 수 있다. 그러나 민사소송은 대등한 사인 간에 사적 권리를 실현하기 위한 절차라는 점에서 헌법재판 및 형사소송과 본질적인 차이가 있다. 대등한 사인 사이의 법적 다툼인 민사소송에서는 헌법재판이나 형사소송에서 보다 당사자의 자기결정권이 특히 더 존중되어야 한다⁷⁾. 따라서 민사소송과 성격이 전혀 다른 헌법재판과 형사소송에 변호사강제주의가 도입되어 있다고 해서 곧 민사소송에도 변호사강제주의를 도입하는 것이 정당하다고 말할 수 없다.

2. 모든 국민은 평등하게 사법에 접근할 수 있어야 한다.

(1) 변호사강제주의는 경제력에 따라 국민을 차별한다

변호사강제주의는 국민으로 하여금 반드시 변호사를 선임하게 하고 변호사선임비용을 국민이 부담하게 하는 것이다. 따라서 변호사강제주의를 도입하기 위해서는 저렴한 변호사 보수체계의 확립이 반드시 필요하다. 즉, 국민이 변호사보수에 대해 큰 부담을 느끼지 않고 변호사를 선임할 수 있어야 한다.

민사소송에 변호사강제주의의 도입을 주장하는 측에서는 우리나라에서도 로스쿨 제도가 도입되어 변호사 수가 급증하여 변호사 보수가 크게 낮아졌으므로 이제는 변호사강제주의를 도입한다고 해도 변호사선임으로 인한 국민의 부담은 크지 않을 것이라고 한다.

그러나 최근 로스쿨을 통해 변호사가 양성되면서 변호사 보수가 다소 낮아졌기는 하지만 아직도 변호사보수는 최하 몇 백만 원에 이르고 있어 국민이 변호사 선임에 부담을 느끼지 않을 만큼 저렴하지 않다. 또한 변호사를 선임함에 있어서 상당히 고액의 성공보수를 약정하고 있는

7) 임지봉, “민사 상고심에서 변호사강제주의 도입의 위헌성” 『필수적 변호사선임제도의 도입 논쟁 등에 관한 공청회』 자료집(2015) p28

경우가 많은데 성공보수를 고려하면 국민이 변호사를 선임하면서 지급하는 변호사보수는 상당히 큰 금액이라고 할 것이다. 아직도 고액인 변호사 보수는 국민이 변호사를 선임하지 않는 가장 큰 이유 중의 하나이다. 따라서 변호사 수의 증가로 이제는 변호사강제주의를 도입할 수 있을 만큼 변호사 보수가 저렴하다고 할 수 없다.

변호사보수가 고액인 상황 하에서 국민에게 변호사의 선임을 강제하는 것은 국민으로 하여금 경제적 부담 때문에 소송을 포기하도록 강제하는 것이 될 수 있다. 즉, 고액의 비용이 드는 변호사 선임을 강제하는 것은 국민의 법원への 접근을 어렵게 하며 돈 있는 자의 자유만을 보장하는 것이다. 결국 변호사강제주의는 국민을 경제적 능력에 따라 차별하여 국민의 재판청구권을 침해한다⁸⁾.

변호사강제주의의 도입을 주장하는 측에서는 변호사강제주의의 이념적 기초를 “사회적 약자에 대한 국가와 사회공동체의 배려의무”에서 찾을 수 있다고 한다⁹⁾. 여기서 사회적 약자에 대한 배려를 위해 국선대리인제도는 필요하다. 그러나 대부분의 국민은 국선대리인이 선임될 만큼 가난하지도 않지만, 그렇다고 고액의 선임료에 구애받지 않고 변호사를 선임할 수 있을 만큼 부유하지도 않다. 따라서 변호사보수를 제한하고 국민의 부담을 낮추려는 노력은 하지 않으면서 국민으로 하여금 무조건 변호사를 선임하도록 강제하는 것은 결국 극소수 사회적 약자에 대한 배려라는 이름으로 대다수 국민에게 고액의 변호사비용을 강제로 부담시키는 것이다.

변호사강제주의의 도입을 주장하는 측은 주로 변호사강제주의가 잘 시행되고 있는 나라로 독일을 거론하며 우리나라에도 변호사강제주의를 도입하자고 한다. 그러나 독일이 변호사강제주의를 시행할 수 있는 것은 ‘변호사보수법’이 제정되어 있어 변호사 보수를 법률로 규율하고 있으며, ‘법률서비스보험제도’도 발달되어 있기 때문이다¹⁰⁾. 즉, 이러한 제도들이 소송비용에 대해 부담을 느끼지 않고 변호사를 선임할 수 있도록 뒷받침하고 있기 때문이다. 따라서 독일과 같이 변호사의 보수를 규율하는 법률도 없고 법률서비스보험제도도 미흡한 우리나라의 현실을 고려하지 않고 독일에서 변호사강제주의가 잘 시행되고 있으므로 우리나라에 변호사강제주의를 도

8) 임지봉, “민사 상고심에서 필수적 변호사 변론주의 도입의 위헌성” 「필수적 변호사선임제도의 도입 논쟁 등에 관한 청회자료집(2015) p22

9) 김영훈, “필수적 변호사 변론주의의 입법의 당위성과 실현방안” 「민사소송법 개정법률안 공청회2014. 12.

10) 독일에는 적게는 몇 만 원의 비용으로 법률서비스를 받을 수 있는 서비스보험을 쉽게 찾아볼 수 있다고 한다. 오영근, “필수적 변호사 변론제도 도입의 문제점” 「국회 법제사법위원회 제출의견서, 2004. 12.

입해도 아무 문제없을 것이라고 말할 수는 없다. 설령 변호사보수법이 제정되고 법률서비스보협이 확립되었다고 해서 곧 변호사강제주의의 도입이 정당화되는 것도 아니다. 왜냐하면 앞에서 살펴본 바와 같이 변호사강제주의는 국민의 자기결정권을 침해하는 것이기 때문이다. 따라서 역사적 문화적 배경이 다른 독일에서 변호사강제주의가 시행된다는 사실이 우리나라에 변호사강제주의를 도입해야 하는 이유가 될 수는 없다.

(2) 변호사강제주의는 사는 지역에 따라 국민을 차별한다.

변호사강제주의를 도입하기 위해서는 국민이 사는 곳 주변에 변호사가 충분히 있어 국민이 쉽게 변호사를 선임할 수 있어야 한다. 그런데 우리나라의 경우 변호사의 대도시 편중현상이 심하다. 대한변협의 자료에 따르면, 2016년 9월 전국에서 개업 중인 변호사 17,000여 명의 약 76.5%인 13,000여 명이 서울에 집중되어 있으며, 전국 시군구에서 변호사가 1명 이하인 지역은 84곳에 이른다¹¹⁾.

이와 같이 변호사가 대도시에서 현저히 집중된 상태에서 변호사강제주의를 도입하게 되면 지방에 거주하는 국민은 변호사 선임의 불편으로 인해 소송을 통한 권리구제를 포기할 수 있다. 즉, 국민이 변호사를 선임하고자 할 때에도 주거지역에 변호사가 몇 명밖에 없다면 국민의 변호사 선임권은 충분히 보장된다고 할 수 없으며, 나아가 변호사가 한 명뿐이거나 또는 한 명도 없다면 변호사 선임 자체가 어려울 수 있다. 결국 변호사의 대도시 편중이 심한 상황에서 변호사강제주의를 도입하는 것은 지방에 거주하는 국민을 대도시에서 거주하는 국민과 차별하여 재판청구권을 침해하는 결과를 초래할 수 있다.

3. 개정안의 구체적인 문제점

(1) 국민의 부담증가

민사소송에 변호사강제주의를 도입하게 되면 변호사 선임비용은 종국적으로 패소한 국민

11) 「필수적 변호사 변론주의와 민사 국선대리인 도입을 위한 토론회 자료집」2017. 7. 11, p30

이 부담하게 되는데, 현재 ‘변호사보수의 소송비용산입에 관한 규칙’에 따라 패소자가 부담하는 변호사보수는 국민이 변호사에게 실제로 지급한 금액보다 적다. 결국 승소한 국민도 패소자가 부담하는 부분을 초과한 변호사선임비용을 스스로 부담하게 된다. 2015년의 상고기각률이 88.3%에 이르고 있는데¹²⁾, 개정안에 의하면 이렇게 상고기각률이 높은 상황 하에서 상대방이 상고하면 항소심까지 승소한 국민은 또 다시 변호사를 선임하여야만 하고 그 선임비용을 스스로 부담하여야 하므로 국민의 권리구제 비용은 크게 늘어난다.

특히 소액사건이 상고심에 간 경우 국민의 부담은 더 크게 느껴질 수 있다. 2015년도 민사본안 상고심사건은 총13,865건으로 소제기 당시의 소송물가액을 기준으로 상고심사건을 분류하면 1심합의사건이 5,882건, 1심단독사건이 5,903건, 1심소액사건이 2,080건으로¹³⁾ 상고심에 이른 1심 소액사건은 민사본안상고심사건의 15%에 이르고 있다. 그런데 상고심에 이른 민사본안 사건 중 1심소액사건의 소송물가액의 총액은 19,141,220,980원으로¹⁴⁾ 소액사건의 평균소가는 9,202,510원이다. 따라서 개정안에 따르면 상고심사건의 15%에 해당하는 소가 920만 원 정도의 사건에 대해서도 국민은 수 백만 원의 변호사보수를 부담하여야 한다. 국민이 상고를 통해 얻게 되는 권리구제의 이익에 비하여 권리구제를 위한 비용이 너무 크다고 할 수 있다.

결국 상고심에서 변호사강제주의를 도입하는 개정안은 국민에게 고액의 변호사선임비용을 강제로 부담시켜서 변호사의 수입을 보장해 주는 것이라고 하겠다.

(2) 변호사를 불선임한 피상고인의 청구 포기, 인낙추정의 부당성

개정안에서는 변호사 선임명령을 받은 상고인의 상대방이 소송대리인을 선임하지 아니하거나 국선대리인 선임신청을 하지 아니한 때에는 청구의 포기·인낙을 하는 것으로 추정하고 있는데(개정안 제424조의2 제5항), 이것은 변호사선임명령에 위반한 것에 대한 불이익으로는 지나치다. 즉, 개정안에 의하면 항소심에서 승소한 피상고인이 상고심에서 변호사를 선임하지 않으면 청구포기 또는 청구인낙이라는 본안패소의 결과에 이르게 되는데, 변호사를 선임하지 않았다

12) 2016년 사법연감 p537

13) 2016년 사법연감 p529

14) 2016년 사법연감 p530.

는 이유만으로 심리에 따른 본안승소가 심리없이 본안패소로 바뀐다고 하는 것은 실체적 정의에 반한다. 따라서 변호사선임명령에 따르지 않았다고 피상고인에게 청구의 포기·인낙의 불이익을 주는 것은 지나치다고 할 것이다¹⁵⁾¹⁶⁾.

변호사강제주의에 의하면 항소심까지 일관되게 승소한 피상고인은 상고인의 주장에 별 대응할 필요를 못 느끼고 있음에도 변호사를 선임하여야 하고 변호사를 선임하지 않으면 본안에서 패소한 것과 같은 불이익을 받게 된다. 앞서도 본 바와 같이 상고기각률이 88.3%에 이르는 상황에서 청구포기, 인낙이라는 불이익으로 피상고인을 압박하여 피상고인의 부담으로 변호사 선임을 강제하는 변호사강제주의가 과연 국민을 위한 제도인지인지 의문이다.

(3) 변호사선임명령 규정의 해석상 문제점

개정안에서는 변호사를 소송대리인으로 선임하여야 하는 사람이 변호사를 소송대리인으로 선임하지 아니한 때에는 재판장은 상고이유서의 제출 전까지 상당한 기간을 정하여 그 기간 내에 변호사를 소송대리인으로 선임하도록 명령하도록 되어 있다(개정안 제424조의2 제3항). 문언에 따르면 재판장이 변호사 선임명령을 내릴 수 있는 시기는 상고이유서 제출 전까지이다. 그렇다면 당사자가 서둘러 상고이유서를 제출한다면 재판장은 변호사 선임명령을 할 수 없다는 의미인지 의문이다.

Ⅲ. 국민의 자기결정권과 사법접근권 확대를 위한 제안

1. 자기결정권의 최대한의 보장 : 나홀로소송의 지원

민사소송에서 국민의 자기결정권은 최대한 존중되고 보장되어야 한다. 따라서 국민은 민사소송에 있어서 스스로 소송을 수행할지 아니면 전문가의 도움을 받아 소송을 수행할지, 전문가의

15) 이국현, “필수적 변호사 변론주의와 민사 국선대리인 도입을 위한 토론회” 「필수적 변호사 변론주의와 민사 국선대리인 도입을 위한 토론회 자료집」2017. 7. 11, p38.

16) 전병서, “필수적 변호사 변론주의와 민사 국선대리인 도입을 위한 토론회” 「필수적 변호사 변론주의와 민사 국선대리인 도입을 위한 토론회 자료집」2017. 7. 11, p60.

도움을 받는다고 하면 변호사를 선임할지 아니면 다른 적절한 전문가의 도움을 받을지를 자유롭게 결정할 수 있어야 한다.

2015년도 통계에 의하면 민사본안소송의 상고사건에서 원고와 피고 중 적어도 어느 한 쪽이 변호사를 선임한 비율은 71.8%이며¹⁷⁾, 제1심 민사본안사건에서 원고와 피고 중 적어도 어느 한 쪽이 변호사를 선임한 비율은 합의사건이 81.3%, 단독사건이 47.4%, 소액사건이 19.4%이다. 결국 국민은 상고심에서는 대략 70%정도가, 하급심의 경우 소가 2,000만 원이 넘는 사건¹⁸⁾에 있어서 대략 65% 정도가 변호사를 선임하고 있으며, 소가 2,000만 이하의 사건에서는 대략 80% 정도가 변호사를 선임하지 않고 스스로 소송을 수행하고 있다¹⁹⁾. 이러한 통계로 보면 국민은 자신의 소송수행능력과 소송으로 보호되는 권리의 크기, 심급, 소송사건의 난이도 등을 고려하여 변호사 선임여부를 결정한다고 볼 수 있으며, 소송수행에 관한 국민의 이러한 결정은 존중되어야 한다.

위와 같이 스스로의 결정에 의해 나홀로소송을 진행하고자 하는 국민을 위해 국가는 법제도와 법률을 간소화하여 사법예의 접근을 쉽게 하고, 인터넷이나 책자 등 다양한 통로를 통해 국민에게 소송수행에 필요한 법률적 지식과 정보를 제공하기 위해 노력해야 할 것이다. 이렇게 함으로써 국민의 자기결정권 보장과 직접 소송을 수행하는 국민의 권리구제에 기여하게 될 것이다.

나아가 민사소송법에 이미 마련되어 있는 석명권제도나 변호사선임명령제도를 잘 활용함으로써 나홀로소송을 하는 국민의 권익을 보호하고 사법절차의 효율성을 높일 수 있다. 석명권은 당사자가 소송수행능력의 부족으로 인해 소송을 수행하는 과정에서 주장하여야 할 사항을 불완전하게 주장하고 증거제출을 제대로 못하는 경우 법원이 당사자에게 질문하고 증명촉구 등을

17) 이국현, "필수적 변호사 변론주의와 민사 국선대리인 도입을 위한 토론회" 「필수적 변호사 변론주의와 민사 국선대리인 도입을 위한 토론회 자료집」2017. 7. 11, p40. 2015년도 민사본안소송의 상고사건수는 12,503건인데 그중 상고인과 피상고인 모두 소송대리인이 선임된 사건은 5,019건(40.1%), 원고만 소송대리인을 선임한 사건은 2,118건(16.9%), 피고만 소송대리인을 선임한 사건은 1,836건(14.7%)이다.

18) 2017년부터 소액사건심판법의 적용을 받는 소액의 기준이 2,000만 원에서 3,000만 원으로 증액되었다.

19) 2016년 사법연감 p536, 2015년도 제1심 민사본안사건의 변호사 선임 건수는 다음의 표와 같다.

합 의				단 독				소 액			
처리건수	원고	피고	쌍방	처리건수	원고	피고	쌍방	처리건수	원고	피고	쌍방
50,957	14,143 (27.8)	2,889 (5.7)	24,421 (47.9)	257,638	77,025 (29.9)	11,480 (4.5)	33,545 (13.0)	711,578	126,592 (17.8)	7,225 (1.0)	4,195 (0.6)

하는 것이고(민사소송법 제136조), 변호사선임명령제도는 법원이 소송관계를 분명하게 하기 위하여 필요한 진술을 할 수 없는 당사자 또는 대리인의 진술을 금지하고, 필요하면 변호사를 선임하도록 명할 수 있는 제도이다(민사소송법 제144조). 법원이 이러한 제도들을 적극적으로 활용함으로써 국민의 자기결정권을 침해하지 않으면서도 변호사강제주의의 도입으로 기대하는 국민의 권익보호와 원활한 절차진행의 효과를 볼 수 있다.

2. 국민의 사법접근권의 확대 : 전문자격사제도의 활용

오늘날과 같이 복잡하고 세분화되고 전문화된 사회에서는 일정한 전문가집단만이 법률사무를 수행할 수 있다고 보기 어렵다²⁰⁾. 즉, 모든 법률문제를 변호사만이 다룰 수 있고 변호사만이 다루어야 한다는 변호사 만능주의는 오늘날 인정될 수 없다. 따라서 국민이 소송과 관련하여 전문가의 도움을 받고자 할 경우에 반드시 변호사의 도움만을 받는 것이 아니라 다른 전문자격사의 도움도 선택할 수 있게 하는 것이 국민의 자기결정권을 보호하는 것이고 국민의 사법접근권을 확대하는 것이다. 우리나라에는 100년이 넘는 시간동안 국민의 곁에서 여러 가지 법률문제에 대해 국민들에게 조력해 온 법무사, 변리사, 세무사, 노무사 등 전문자격사제도가 확립되어 있다. 법무사만 하더라도 120년 동안 국민의 최근거리에서 국민의 권리보호를 위해 활동해 온 결과 국민들로부터 친근한 생활법률전문가로 인정받고 있다. 이와 같이 우리나라에는 확립된 여러 종류의 법조관련 전문자격사가 있으므로 국민들이 필요에 따라 이러한 전문자격사를 선택할 수 있게 하는 것이 국민의 사법접근권의 확대를 위해 필요하다.

이러한 관점에서 변리사에게 특허, 실용신안, 디자인 또는 상표에 관한 사항의 소송대리인이 될 수 있게 한 것(특허법 제8조)은 타당하며, 세무사, 노무사, 법무사 등 다른 전문자격사에게도 그 업무영역 범위 내에서 소송대리권을 인정하는 것이 국민의 사법접근권 확대를 위해 바람직하다. 일본의 경우 사법서사가 간이재판소 사건에 관하여 소송대리할 수 있게 한 것은 국민의 사법접근권이라는 면에서 우리에게 시사하는 바가 크다고 할 것이다.

20) 오영근, "필수적 변호사 변론제도 도입의 문제점" 「국회 법제사법위원회 제출의견서」, 2004. 12.

변호사강제주의의 도입을 주장하는 측에서는 변호사강제주의는, 당사자에게 변호사를 선임해야 하는 “의무를 부과”하는 제도가 아니라 당사자의 변호사의 조력을 받을 “권리를 보장”하기 위한 제도로 이해되어야 한다고 주장한다²¹⁾. 그러나 국민은 재판청구권의 실질적 보장을 위해 사법예의 용이하게 접근하고 적절한 “법률적 조력”을 받을 권리가 있는 것이지 “변호사만의 조력”의 받을 권리가 있다고 할 수 없다. 국민의 법률적 조력을 받을 권리가 국민에게 고액의 보수를 부담하면서 변호사를 선임할 의무를 부과하는 것에 대한 근거가 될 수는 없다.

국민의 적절한 법률적 조력을 받을 권리를 보장하기 위해 국가는 국민이 원할 경우 충실한 법률적 조력을 받을 수 있는 법률적 환경을 조성하여야 한다. 따라서 법무사 등 전문가격사들이 민사소송에 있어서 보다 더 적극적으로 국민의 권익보호를 위해 활동할 수 있는 방안을 강구하여 국민이 다양한 전문가로부터 필요한 조력을 받을 수 있게 하여야 할 것이다. 국민의 사법접근권을 제한하는 변호사강제주의는 변호사 만능주의의 또 다른 모습일 뿐으로 변호사 만능주의는 오늘날 사회에서는 청산되어야 할 것이다.

IV. 맺는말

민사소송에 변호사강제주의를 도입하는 것은 국민의 자기결정권을 침해하며 평등권, 재판청구권을 침해하며 국민의 사법접근권을 제한한다. 성격이 다른 헌법소송과 형사소송에 변호사강제주의가 도입된 사실이 민사소송에서의 변호사강제주의를 정당화하지 못한다. 민사소송에서 변호사강제주의의 도입은 변호사의 일자리 창출일 뿐이다. 즉, 민사소송에 있어서 변호사강제주의의 도입은 권리실현을 위해 소송하는 국민에게 강제로 부담시킨 변호사 수입료와 당해소송과 아무 관계없는 국민의 혈세로 변호사의 수입을 보장해 주는 것이다.

변호사강제주의를 도입하여 국민들에게 부담을 줄 것이 아니라, 오히려 국민의 나홀로소송을 지원하고 사법접근권의 확대를 위해 전문가격사를 적극 활용하는 방안을 강구하여야 할 것이다. 밤하늘이 아름다운 것은 많은 별들이 제 빛을 내기 때문이다.

21) 김영훈, “필수적 변호사 변론주의 입법의 당위성과 실현방안”, 『민사소송법 개정법률안 공청회』, 2014. 12.

필수적 변호사 변론주의와
민사 국선대리인 도입 및 논쟁에 대한 토론회

토론

01

「민사소송에서의 국선대리인제도와 필수적 변호사 변론주의의 도입」에 대하여

정영환

고려대학교 법학전문대학원 교수

「민사소송에서의 국선대리인제도와 필수적 변호사 변론주의의 도입」에 대하여

정영환

고려대학교 법학전문대학원 교수

I. 들어가며

1. 나경원 자유한국당 의원이 2017년 6월 15일 대표발의한 민사소송법 제424조의2(상고심의 소송대리), 제424조의3(국선대리인)의 신설을 위한 민사소송법개정안 발의는 그 시기와 방법 등에 있어서 매우 적절한 것으로 평가된다.

2. 이 법안은 단지 2개 조문의 신설에 있지만 법률적으로 보면 공익과 사익의 조화, 헌법상의 재판청구권 및 평등권의 침해 여부, 대법원의 법률심으로서의 효율적 업무분담이라는 커다란 이슈를 담고 있는 거대 담론이며, 법률 외적으로도 국민감정, 당사자의 경제적 부담, 법조직역 사이의 시각 차이 등이 존재하는 매우 중요하고 어려운 문제점들을 내포하고 있다.

3. 나경원 의원은 이러한 문제들을 접근하기 위하여 개정안 제424조의2에서 민사사건에 있어서 변호사강제주의를 대법원에 우선 실시하는 것으로 하고, 또한 당사자의 경제적 부담을 고려하여 개정안 제424조의3에서 '상고심절차의 당사자가 변호사를 선임할 자력이 없는 경우에는 국선대리인제도를 도입하고 있다. 이러한 접근방법은 매우 합리적인 것으로 보인다.

4. 위 민사소송법개정안은 결국 민사사건의 경우 대법원에서 변호사강제주의를 도입하는 것의 법적 정당성을 갖는가 하는 문제로 귀착된다. 이것의 해법을 찾는 방법은 첫째 외국에서의 제도, 논의 등을 살펴봄으로서 변호사강제주의의 일반론적 접근을 해 보아야 하고, 둘째 현재 우리나라에서 변호사강제주의가 이미 시행되고 있는 헌법소송, 형사소송, 집단소송 및 단체소송 등의 정당성의 의미를 찾아보는 방법이 있다고 생각한다. 그런 후에 위 민사소송법개정안에 대한 검토를 하려고 한다.

II. 외국의 입법례와 논의 등

1. 독일¹⁾

홍세욱 변호사의 발표문에서 자세히 언급되고 있다. 독일은 주지하는 바와 같이 민사사건 1심 및 고등법원과 연방대법원 사건, 가사사건, 행정사건의 고등행정법원과 연방행정법원, 구술 변론을 시행하는 연방헌법재판 등에서 광범위하게 변호사강제주의가 인정되고 있다. 독일에서는 민사사건과 관련하여서는 1950년 민사소송법 제78조에 규정되었다.

독일에 있어서 변호사강제주의는 발표한 바와 같이 70년대 합헌성 논의를 통하여 “사법제도의 올바른 운영이라는 공익이 결국 당사자의 권익을 보호한다.”는 논거에 기초하여 그 정당성을 인정받았다고 보인다. 따라서 독일에서는 변호사강제주의가 합헌적 제도로써 이미 자리를 굳게 잡았다고 평가된다. 또한 법률비용보험을 통하여 당사자의 경제적 부담의 문제를 해결한 것이라고 보인다.

2. 미국²⁾

미국의 경우에 있어서 대부분의 ‘주 및 연방법원’에서 변호사강제주의를 취하고 있지는 아니하고 있다. 본인소송(Pro se litigation)을 인정하고 있다. 미연방 법령집(U.S. Code) 제28권(Title 28) 제1654조(Section)에서 “미국의 모든 법원에서 당사자들은, 각 법원의 규칙이 허용하는 바에 따라, 자신이 직접 또는 변호사를 통하여 진술을 하고 소송을 진행할 수 있다.”고 규정하고 있다.

그런데 2013년 미연방대법원은 대법원규칙(Rules of the Supreme Court of the United States) 28.8을 개정하여 구두변론(oral argument)의 경우에는 대법원에 등록된 변호사 또는 특별히 허가를 받은 변호사만이 할 수 있도록 하였다. 이것을 문언상으로 해석하면 구두변론 이외의 사항에 대하여 본인소송을 할 수 있다고 볼 수 있지만, 미연방대법원에서 구두변론 없이

1) 독일 자료수집 등은 이명민 박사의 도움을 받았다.

2) 미국 자료수집 등은 이진규 박사(미국변호사)의 도움을 받았다.

재판을 하는 경우는 거의 없다는 점에 비추어 보면 미연방대법원에서는 실질적으로 변호사강제주의가 시행되고 있다고 볼 수 있다.

이러한 미연방대법원의 대법원규칙의 개정은 실무상 오랜 기간 동안 모든 경우에 변호사가 선임되어 소송진행 및 구두변론이 이루어져 온 실무관행을 규칙에 반영한 것이다. 미연방대법원에서 가장 최근의 본인소송은 1978년에 있었고 그 이후에는 없었다.

일반적으로 미국에서의 재판청구권의 의미는 연방 또는 주법원에 사건을 청구해 판단을 받는 것을 의미하고, 그것이 대법원 특히 연방대법원에 재판을 받는 것을 의미하지 아니하는 것으로 보고 있다.

한편 주대법원의 경우에는 연방대법원과 같이 규칙 등을 통하여 변호사강제주의를 규정하는 경우는 찾아보기 어렵다. 주1심 및 항소심 법원의 경우도 변호사강제주의를 취하고 있지 아니하지만, 미국의 경우 문화 자체가 당사자 본인이 직접 소송하는 경우는 거의 없다는 점에 비추어 변호사강제주의를 굳이 입법화할 필요성이 없을 것으로 보인다.

3. 일본³⁾

일본의 경우를 간단히 보겠다.

일본 학계에서는 법에 익숙하지 않은 아마추어인 당사자 본인 자신에 의한 소송수행은 종종 현실적으로 매우 어려운 문제일 뿐만 아니라 소송수행의 실수에서 뜻하지 않은 손해를 보는 경우가 있을 수 있고, 또한 법원에 심리에 대한 부담을 주어 사법의 원활한 운영을 방해하는 경우가 많으므로 본인소송에 대해 비판적이며 변호사 강제주의에 대해 찬성하고 있는 입장이 다수이다[中野貞一郎, “弁護士強制制度について”, 判例タイムズ 201号, 1967年; 和田仁孝, 民事紛争處理論, (信山社, 1999年), 185頁 등].

3) 일본 자료수집 등은 김정환 박사의 도움이 받았다.

일본 최고재판소에서도 상고심에서의 변호사강제주의를 신중하게 검토하고 있는 것으로 보인다. 일본 최고재판소는 2011년 '재판의 신속화에 관한 검증에 관한 보고서(裁判の迅速化に係る検証に関する報告書)'를 통해 상고심에서의 변호사 강제주의 도입에 대한 의견을 제시한 적이 있습니다. 보고서에서는 변호사에 대한 액세스(access)가 충분히 가능함에도 불구하고 본인소송의 비율이 증가하고 있고, 이러한 점이 재판의 신속화에 장애가 되므로 그 대안으로서 변호사 강제주의를 도입할 필요가 있으며, 단계적으로 상고심에서부터 이를 시행할 필요가 있다고 하고 있다(동 보고서 시책 부분 6.5.2.2. 부분).

한편 일본의 도쿄 사법서사회에서는 i) 현재 본인소송이 광범위하게 이용되고 있다는 점, ii) 외국과 달리 일본의 경우 아직 변호사강제주의를 도입한 여건이 성숙되지 아니하였다는 점(법률보험의 미비와 변호사 수가 적다는 점) 등을 이유로 반대의견을 제시하고 있다.

일본의 경우에는 우리나라의 대법원에 해당하는 최고재판소에서의 변호사강제주의의 필요성을 인식하고 있으나, 우리나라 법무사에 해당하는 사법서사회의 반대가 있는 것으로 보인다.

4. 소결

위에서 본 바와 같이 독일에서는 민사사건 외에 가사, 행정사건 등 다양한 분야에 변호사강제주의가 실시되고 있고, 연방대법원과 헌법재판소에서도 변호사강제주의가 이루어지고 있다.

미국의 경우 2013년 연방대법원에서 오랜 실무관행에 기초하여 구두변론에서의 변호사강제주의를 규칙화함으로써 실질적인 변호사강제주의가 제도화 되었다고 평가할 수 있고, 그 외 연방법원과 주법원에서 대부분의 사건이 변호사에 의하여 진행되고 있어 변호사강제주의를 규정화할 필요성이 없다고 보인다.

일본에서는 일부 반대가 있지만 우리 상고심에 해당하는 최고재판소에서의 변호사강제주의의 필요성을 인식하고 있다고 평가된다.

Ⅲ. 우리나라에서의 변호사강제주의 현황

1. 헌법소송

1988년 8월 5일 제정된 헌법재판소법에 따라 동법 제25조 제3항에서 “각종 심판절차에 있어서 당사자인 사인은 변호사를 대리인으로 선임하지 아니하면 심판청구를 하거나 심판수행을 하지 못한다. 다만, 그가 변호사의 자격이 있을 때에는 그러하지 아니하다.”고 규정하여 변호사강제주의를 명문화하고 있다.

헌법재판소는 동 규정의 위헌성 여부에 관하여 1990. 9. 3. 선고 89헌마120,212(병합) 결정, 1995. 2. 23. 선고 94헌마105 결정, 2001. 9. 27. 선고 2001헌마152 결정, 2004. 4. 29. 선고 2003헌마783 결정, 2007. 6. 28. 선고 2004헌마143 결정, 2010. 3. 25. 선고 2008헌마439 결정, 2012. 11. 29. 선고 2011헌마693 결정을 통하여 합헌성을 확실히 인정하고 있다.

그 취지를 간단히 정리해 보면 “헌법재판에 있어서 변호사강제주의는 재판업무에 분업화 원리의 도입이라는 긍정적 측면 외에도, 재판을 통한 기본권의 실질적 보장, 사법의 원활한 운영과 헌법재판의 질적 개선, 재판심리의 부담경감 및 효율화, 그리고 사법운영의 민주화 등 공공복리에 그 기여도가 크다고 하겠고, 그 제도적 이익은 본인소송주의를 채택함으로써 변호사 선임비용 지출을 하지 않는 이익보다는 이익형량상 크다고 할 것이며, 더욱이 무자격자에 대한 국선대리인제도라는 대상조치가 별도로 마련되어 있는 이상 헌법에 위배되지 아니한다.”는 것이고, 또한 “변호사에게 자격을 부여하는 것이 변호사 자격이 없는 자의 평등권을 침해하지 아니한다.”는 것이다.

헌법재판에서 변호사강제주의를 취하는 것은 사법의 효율적 운영을 통한 기본권의 실질적 보장 등의 공공복리가 크기 때문에 재판청구권을 침해하지 아니하다는 점을 분명히 하였고 기타 평등권 침해 등의 문제도 없다고 보았다. 헌법재판소의 확립된 판례라고 보인다.

2. 형사소송

형사소송에 있어서는 국선변호인제도를 통하여 변호사강제주의가 실질적으로 운영되고 있다. 형사소송법 제33조에 의하면 필요국선(1항), 청구국선(2항), 재량국선(3항)으로 나누어 규정하고 있다. 동조 제1항의 필요국선의 규정을 보면 “피고인이 구속된 때, 미성년자인 때, 70세 이상인 때, 농아자인 때, 심신장애의 의심이 있는 때, 피고인이 사형, 무기 또는 3년 이상의 징역이나 금고에 해당하는 사건으로 기소된 때”에는 법원이 직권으로 변호인을 선정하도록 하고 있다.

형사소송에 있어서 국선변호인제도는 피고인의 인권보호를 위한 것이므로 공익과 사익의 비교형량의 문제는 아니라고 본다. 피고인의 인권보호가 워낙 중요하기 때문에 국가의 비용으로 변호사의 조력이 받도록 한 것이다. 인권보호를 통한 공익의 확보로 평가할 수 있다.

3. 집단소송 및 단체소송

2005년 1월 1일부터 시행되고 있는 「증권관련 집단소송법(법률 제7074호)」 제5조 제1항에서 “증권관련 집단소송의 원고와 피고는 변호사를 소송대리인으로 선임(選任)하여야 한다.”고 규정하고 있고, 2007년 3월 28일부터 시행되고 있는 「소비자기본법(법률 제7988호)」 제72조에서 “단체소송의 원고는 변호사를 소송대리인으로 선임하여야 한다.”고 정하고 있으며, 2011년 9월 30일부터 시행되고 있는 「개인정보 보호법(법률 제10465호)」 제53조에 “단체소송의 원고는 변호사를 소송대리인으로 선임하여야 한다.”고 규정하고 있다.

증권관련 집단소송의 경우에는 원고와 피고 모두 변호사강제주의를 취하고 있고, 소비자 단체소송과 개인정보 단체소송의 경우에는 적극적 당사자인 원고 측에 변호사강제주의를 취하고 있다.

위와 같은 집단소송 및 단체소송에 있어서의 변호사강제주의는 당사자의 수가 다수이고 사건의 전문성, 자료의 방대함 등으로 인하여 재판절차의 효율적 진행을 위하여 인정하고 있는 것으로 보인다. 집단소송 및 단체소송에 있어서 재판의 효율적 진행 등을 위한 공공복리적 측면이 강조되었기 때문이다.

4. 소결

위에서 본 바와 같이 우리나라에서 변호사강제주의는 첫째 재판의 효율적 운영을 통한 재판 청구권이라는 기본권의 실질적 보장이라는 공익적 가치를 우선하여 인정할 필요가 있는 헌법소송, 형사소송, 집단소송 및 단체소송에서 시행되고 있고, 둘째로는 피고인의 인권보호라는 사익이 워낙 중대하기 때문에 인정되는 형사소송으로 나누어 볼 수 있다.

IV. 대법원의 민사사건에 변호사강제주의를 도입하는 것이 정당성 여부

1. 대법원의 민사사건에 변호사강제주의 도입의 의미

대법원의 민사사건에 대하여 변호사강제주의를 도입한다는 것이 민사소송 전체 및 사법부 운영과 관련하여 어떤 의미를 갖는다고 보아야 할 것인가.

당사자에게는 대법원 심판을 받기 위하여 변호사비용을 지불하므로 인한 소송비용의 증대를 가지고 올 것이고, 반면 변호사의 법적 조력을 충실하게 받을 가능성이 높아져 실질적으로 자신의 권리를 보호받을 수 있는 장점이 있다. 즉 당사자에게는 최종심인 대법원의 이용에 있어서 자신이 직접 소송을 수행할 자유를 제한받고 대신 비용의 추가부담을 안겨 줄 가능성도 있다. 그러나 변호사의 법적 조력을 받음으로 인하여 민사사건에 있어서 승소가능성이 높아질 여지는 있다.

한편 대법원의 입장에서는 상대적으로 재판절차를 보다 효율적으로 운영할 수 있고, 당사자들이 대법원에 상고하는 것을 신중하게 함으로 인하여 사건이 줄어들면 대법원을 법률심으로서의 기능을 강화할 여력을 갖게 된다.

또한 변호사 입장에서 보면 변호사강제주의를 취함으로 인하여 장기적으로 대법원의 민사사건이 준다고 하면 변호사의 수입건수가 늘어난다고 장담하기 어려울 수도 있다. 변화의 추이를 보아야 한다.

따라서 대법원의 민사사건에 변호사강제주의를 취하는 주된 이유는 헌법소송과 같이 공익적 측면을 강조하는 조치로 보아야 한다.

2. 도입의 정당성 여부

2015년 12월 말 현재 대법원의 본안사건이 41,850건에 이르고 있고,⁴⁾민사본안 사건만 하여도 13,823건에 달한다.⁵⁾

현재 대법원은 상고사건의 처리로 고심하고 있다. 많은 사건을 심리불속행으로 처리하고 있지만 역부족이다. 따라서 현재의 대법원은 사건처리만 하는 최종심 기능에 치중하고 있을 뿐이고, 대법원 본래의 기능인 법률심으로서의 사법정책법원으로서의 역할을 거의 할 수 없는 상황이다.

이것은 대법원이 엄청난 상고사건으로 인하여 헌법상 대법원에게 부여되어 있는 법률심으로서의 사법정책법원의 기능을 전혀 못하는 상황에 있는 것이다. 현재 상고심 운영에 있어서 빨간불이 켜진 상태라고 할 수 있다. 이것은 헌법이 사법부에 부여한 의무를 성실히 수행하지 못하고 있다는 것을 의미한다. 그런데 상고심에서 민사사건에 대하여 변호사강제주의를 도입함으로써 인하여 당사자는 민사사건에 한하여서라도 신중한 선택을 할 수 밖에 없고 이것은 상고심의 사건증가를 낮출 수 있는 작은 장치로서 역할을 할 수 있을 것으로 기대한다.

따라서 상고심에서 민사사건에 관하여 변호사강제주의를 도입한다는 것은 헌법소송의 위헌여부에 관한 결정에서 헌법재판소가 밝힌 논거를 빌린다면 “대법원 민사재판에 있어서 변호사강제주의는 재판업무에 분업화 원리의 도입이라는 긍정적 측면 외에도, 재판을 통한 기본권의 실질적 보장, 사법의 원활한 운영과 민사재판의 질적 개선, 재판심리의 부담경감 및 효율화, 그리고 사법운영의 민주화 등 공공복리에 그 기여도가 크다고 하겠고, 그 제도적 이익은 본인소송주의를 채택함으로써 변호사 선임비용 지출을 하지 않는 이익보다는 이익형량상 크다고 할 것이며, 더욱이 무자력자에 대한 국선대리인제도라는 대상조치가 별도로 마련되어 있는 이상 헌법에 위배되지 아니한다.”고 볼 수 있다.

4) 2016년 사법연감, 600면 참조.

5) 상계서, 602면 참조.

이러한 논거에 근거한다면 상고심에 있어서 민사사건에 한하여 변호사강제주의를 취할 것이 아니라 대법원의 법률심으로서 정책법원으로 기능을 살리기 위하여는 행정사건, 특허사건 등으로도 단계적으로 넓혀 가는 것이 법이론적 면에서는 정당성을 갖는다고 할 수 있다. 따라서 장기적으로 대법원에서의 민사사건의 추이를 살펴 보면서 국민의 법감정 등을 고려하여 다른 사건에도 변호사강제주의를 넓혀 가는 것을 검토할 수도 있다고 생각한다.

또한 대법원에서의 변호사강제주의는 도입은 미국, 독일 등의 제도와 법문화 등에서도 그 정당성을 확인할 수 있었다. 일본에서도 그 필요성을 인식하고 있다는 점에서 힘이 될 것으로 보인다.

V. 민사소송법개정안에 대한 구체적 검토

1. 소액사건에 있어서 당사자 모두에게 변호사강제주의 도입의 타당성

개정안 제424조의2(상고심의 소송대리)의 제1항의 규정을 보면 “상고심 절차에서 당사자는 변호사를 소송대리인으로 선임하여야 한다.”고 정하고 있다. 사실 대법원 민사본안사건 중 소액사건이 15% 정도나 된다. 이러한 소액사건의 경우에 있어서도 양당사자 모두에게 변호사강제주의를 하게 하는 것은 당사자에게 상당한 부담을 줄 것으로 보인다. 대법원의 사건 증가에 대한 제한 필요성이라는 공익적 요청이 매우 높다고 하여도, 소극적 당사자의 사익에 많은 부담이 따르게 된다. 따라서 소액사건의 경우에는 상고를 하는 당사자에게만 변호사강제주의를 부담시키고, 상대방 당사자는 자율로 하는 것이 보다 유연한 입법태도로 보인다.

2. 보정명령 발하는 종기의 타당성 여부

개정안 제424조의2 제3항에서 재판장이 보정명령을 발하는 시한을 정하는 듯한 표현이 있다. 즉 ‘재판장은 상고이유서의 제출 전까지 상당한 기간을’라는 표현이 있는 바, 마치 그 시한을 지나면 보정명령을 발할 수 없는 느낌이 들기 때문에 ‘재판장은 상당한 기간을’로 표현하는 것이 타당할 것으로 보인다.

3. 기타 제424조의3(국선대리인) 관련 규정을 적절하다고 본다.

Ⅵ. 마무리 하며

이번 나경원 의원이 대표발의한 민사소송법개정안은 전체적인 틀에서 매우 적절한 법률안으로 평가하고 싶다. 사실 우리나라 분쟁해결 흐름에서 가장 시급한 문제는 대법원의 사건증가로 인한 법률심으로 기능을 할 수 없다는 것을 회복시키는 것이라고 본다. 대법원의 사법정책법원으로서의 기능회복이라는 면에서 보면 대법원에서 민사사건에 변호사강제주의를 도입하는 것은 도움이 될 것으로 보인다.

이번 대법원 민사사건에 대한 변호사강제주의의 도입은 대법원 재판운용의 효율성을 증진하기 위한 조치라는 공익적 요소가 매우 높은 것으로 보아야 할 것이다. 장기적으로 보면 변호사강제주의를 통하여 변호사의 사건수임 건수를 늘리기는 어렵다고 보인다. 당사자에게는 대법원을 이용함으로써 소송비용이 늘어나는 면이 있지만, 대법원의 기능회복이라는 공익증진을 통하여 국가 전체의 분쟁해결의 효율성이 높아짐으로 오는 간접적인 권리증진의 혜택을 돌려받을 수 있을 것으로 본다.

이번 대법원의 민사사건에 대한 변호사강제주의의 도입을 계기로 대법원이 법률심으로 사법정책기능에 더욱 주력하는 출발점이 될 수 있기를 바란다. 또한 장기적으로 민사사건 이외에 행정사건, 특허사건 등의 분야로 단계적으로 넓혀 나가는 것을 생각하여야 한다. 그러나 근본적인 해결책은 대법원 이외의 최종심으로 상고법원 등을 설치하여 해결하는 방안도 다시 적극적으로 추진하여야 할 것으로 본다.

필수적 변호사 변론주의와
민사 국선대리인 도입 및 논쟁에 대한 토론회

토론

02

토론문

천정환

대한변호사협회 사업이사

천정환

대한변호사협회 사업이사

1. 들어가며

대한변호사협회 홍세욱 기획이사님과 대한법무사협회 최현진 법제연구위원님의 깊이 있는 주제발표문을 통해 개인적으로는 다시 한 번 본 주제를 검토하고 고민할 수 있는 기회를 가지게 됨을 기쁘게 생각하며 두 분에게 깊은 감사를 드립니다.

저는 ‘형사소송에 있어 국선변호인 선정권한을 대한변협이 행사하여야 한다는 취지의 입법개정안을 추진하는 주무이사로서 그 과정에서 필수적 변호사 변론주의(최현진 위원님께서서는 이를 변호사 강제주의로 표현하셨습니다.)에 대해서도 검토를 한 바 있습니다.

토론자의 짧은 견해일 수 있으나 두 분의 주제발표문을 보면서 두 분이 주장하시는 요지는 동일하다고 판단하였습니다. 즉, 두 분 모두 주권자인 국민이 민사적 분쟁을 해결하는데 각자가 주장하시는 방법이 좀 더 국민의 기본권 보호에 충실한 제도라고 생각하신다는 뜻으로 이해하였습니다.

따라서 이하에서는 두 분 논의에 저의 개인적 의견을 개진하고자 합니다. 물론 제가 현재 변협의 사업이사로 있기에 변협의 견해를 당연히 찬성하는 것이 아니냐는 의견도 충분히 있을 수 있음도 잘 알고 있습니다.

그러나 저는 자력구제 및 사적구제가 원칙적으로 허용되지 않는 법 제도하에서 법적분쟁을 해결하는 과정에 있어 과거와는 다른 법조환경(로스쿨 정착과 법조인의 증가 및 법조일원화 등)과 대법원이 법률심이라는 원칙에 비추어 보면 ‘상고심에서의 필수적 변호사 변론주의를 도입하

여야 한다'는 민사소송법 개정안이 국민의 사법서비스와 관련한 기본권 보장에 좀 더 충실하고 효과적인 제도라고 생각하기에 여기에 맞추어 간략히 몇 가지 말씀드리고자 합니다.

2. 개정안에 대하여

가. 현재 개정안을 보면 법률심인 대법원에서의 필수적 변호사 변론주의를 도입하는 것과 이를 보완하기 위하여 일정한 요건 구비시 국선대리인을 선임할 수 있는 내용으로 되어 있습니다.

나. 저는 위 개정안 내용 중 국선대리인 선임규정에 의미를 두고 싶습니다. 헌법 제27조 제1항은 “모든 국민은 헌법과 법률이 정한 법관에 의하여 법률에 의한 재판을 받을 권리를 가진다.”라고 규정되어 있고, 민사소송법 제128조 제1항 본문은 “법원은 소송비용을 지출할 자금능력이 부족한 사람의 신청에 따라 또는 직권으로 소송구조(訴訟救助)를 할 수 있다.”고 규정하고 있으며, 법률구조법의 제1조 목적에 보면 “이 법은 경제적으로 어렵거나 법을 몰라서 법의 보호를 충분히 받지 못하는 자에게 법률구조(法律救助)를 함으로써 기본적 인권을 옹호하고 나아가 법률 복지를 증진하는 데에 이바지함을 목적으로 한다.”는 내용으로 규정하고 있습니다.

위의 규정들을 종합적으로 해석한다면 공정한 재판을 받을 권리 및 무기평등의 원칙의 보장, 효과적인 권리보호 등을 위해서는 국가에 의한 법률구조는 국민이 누리는 헌법상 권리라고 적극적으로 해석할 수 도 있다 할 것입니다. 홍세욱 이사님의 발제문 내용 중 ‘국선대리인 선임제도를 통한 사법복지의 실현’이라는 말이 나오는데 동일한 취지의 주장이 아닌가 합니다.

따라서 오히려 국선대리인 제도를 통해 최현진 위원님이 문제점으로 지적하고 있는 ‘국민은 스스로 결정할 수 있어야 한다’, ‘모든 국민은 평등하게 사법에 접근할 수 있어야 한다’, ‘변호사 강제주의는 경제력에 따라 국민을 차별한다’, ‘변호사 강제주의는 사는 지역에 따라 국민을 차별한다’라는 부분을 상당부분 보완할 수 있다고 생각합니다.

법률전문가인 변호사를 통해 대등한 법적 주장을 할 수 있고 절차적이나 내용적인 면에서 오히려 평등하게 사법에 접근할 수 있다고 보아야 할 것입니다.

3. 최현진 위원님의 국민부담의 증가문제점 등 지적에 대하여

가. “상고심에서 변호사 강제주의를 도입하는 개정안은 국민에게 고액의 변호사선임비용을 강제로 부담시켜서 변호사의 수입을 보장해 주는 것이라고 하겠다”라는 논거는 동의하기 어렵습니다.

개정안에 따르면 당연히 국선대리인의 선임에 따른 국가의 비용이 증대될 것입니다. 그리고 위원님의 지적처럼 패소에 따른 소송비용의 문제가 발생할 것입니다.

그러나 이 부분을 단순히 소송비용의 문제가 아니라 재판청구권의 개념을 확장하여 국가의 국민에 대한 사법복지서비스의 관점, 헌법상 국민이 누려야 할 기본권으로서의 관점에서 본다면 당연히 국가가 일정부분 경제적 부담을 하여야 한다고 생각합니다.

더불어 패소에 따른 소송비용의 문제는 입법·정책적 문제라고 생각되기에 기본원칙을 침해하지 않는 한도에서 충분히 논의 과정을 통해 합리적인 방안이 도출될 것이라고 생각합니다.

나. ‘민사소송과 성격이 전혀 다른 헌법재판과 형사소송에 변호사 강제주의가 도입되어 있다고 해서 곧 민사소송에도 변호사 강제주의를 도입하는 것이 정당하다고 말할 수 없다.’라고 말씀하신 부분도 일정부분 공감할 수 있습니다.

다만, 위의 언급처럼 법률구조를 받을 수 있는 권리가 헌법상의 권리라고 해석한다면 민사소송에서의 국선대리인 선임을 통한 법률서비스를 받는다는 것을 굳이 막을 이유는 없다고 생각합니다.

또한 개정안은 모든 심급에서가 아니라 법률심인 상고심으로 한정하여 규정하고 있음도 한번 생각해볼 필요가 있습니다.

4. 결 론

지금까지의 사법시스템 내에서 변호사와 법무사가 나름 각자의 역할을 해온 것은 부인할 수 없고, 앞으로도 각자의 역할을 다 할 것입니다.

다만 제가 이번 토론회에서 말씀드리고자 하는 것은 변호사와 법무사 사이의 역할의 문제가 아니라, 국민이 재판을 청구하거나 재판을 받을 때 지금의 시스템(임의적 소송대리)이 국민의 사법복지를 실현하는데 도움이 되는지 그리고 이에 대해서 좀 더 개선할 방법은 없는지의 문제로 접근하고 싶었다는 것입니다.

그래서 홍세욱 이사님이 발표하신 내용에 동의를 하는 것이며, 지금 시점에서 상고심에서의 필수적 변호사 변론주의를 도입하여 실행하려고 하는 것은 시의적절하다고 생각합니다.

필수적 변호사 변론주의와
민사 국선대리인 도입 및 논쟁에 대한 토론회

토론

03

필수적 변호사 변론주의 내지 변호사강제주의에 대한 토론문

윤동호

국민대학교 법학과 교수

필수적 변호사 변론주의 내지 변호사강제주의에 대한 토론편문

윤동호

국민대학교 법학과 교수

1. 누구를 위한 제도인가? 법관인가 아니면 변호사인가?

민사소송에서 변호사의 소송대리를 의무화하자는 주장은 1990년부터 있어왔습니다. 그런데 저와 같은 대다수의 중산층은 분명 국선대리인의 도움을 받기 어려울 텐데, 개인적으로 변호사를 선임하는 것은 경제적으로 큰 부담이 됩니다. 변호사마다 또 사건마다 또한 동일한 변호사일 지라도 의뢰인마다 차이가 있겠지만 변호사를 선임하려면 최소 300만원 내지 500만원이 드는 걸로 알고 있습니다. 이거 상당히 부담되는 금액이고, 그래서 실제로 나홀로소송을 제기하는 분들이 많이 있으며, 저 또한 이런 경험을 가지고 있습니다. 당시 소송에서 패한 원인에는 여러 가지 있겠지만, 경험 부족이 아닐까 생각하며, 재판에서 별로 하는 것도 없어 보이는 상대방 변호사의 비용을 일부 부담해야했던 쓰라린 기억이 아직도 남아있습니다. 법정에 들어설 때는 아무래도 변호사가 옆에 있는 것이 심리적으로 좋을 수 있겠다는 생각을 했습니다. 그런데 다음에 다시 이런 일을 겪는다면 고민할 것 같습니다. 일단 소송을 제기할지 여부를 좀 더 신중하게 생각할 것 같고, 한다면 혼자 할지 변호사의 도움을 받을지 고민할 것 같습니다.

비록 이번 법안은 상고심에 한정된 것이지만, 발표문은 하급심도 염두하고 있는데, 필수적 변호사 변론주의 내지 변호사강제주의는 이런 고민과 선택의 기회를 원천 봉쇄하는 것이고, 민사소송을 제기하기 위해서는 변호사를 선임해야한다면 민사소송의 제기를 주저하게 되어서 오히려 시민의 권리 실현에 장애가 될 것 같습니다.

이렇게 되면 필수적 변호사 변론주의 내지 변호사강제주의는 법관의 효율적인 재판 진행에 도움이 되거나 아니면 변호사의 일자리 창출의 효과를 가져 오는데 그칠 것 같고, 시민의 권익 보호 효과는 멀게만 느껴집니다. 필수적 변호사 변론주의 내지 변호사강제주의는 누구를 위한 제도이고, 시민의 입장에서 이것이 왜 필요한지 좀 더 설명 부탁드립니다.

2. 양질의 법률서비스를 제공받을 수 있는 방안

그런데 합리적인 가격의 법률서비스를 큰 부담없이 제공받을 수 있다면 나홀로소송보다 변호사의 도움을 선택할 가능성이 높을 것 같고, 이런 상황이라면 필수적 변호사 변론주의 내지 변호사강제주의가 의미가 있을 것 같습니다. 변호사보수법이 제정되어있고, 법률서비스보험제도가 발달한 독일처럼 말입니다.

그렇다하더라도 걸리는 문제가 있습니다. 법률서비스의 품질입니다. 합리적인 가격의 법률서비스를 큰 부담없이 제공받겠다고 하더라도 정보의 비대칭성으로 인해 의뢰인은 법률서비스의 품질을 평가하기 힘들기 때문에 양질의 법률서비스를 제공받기 어려울 수 있다는 것입니다. 기존의 사법시험체제에 견줘 로스쿨체제로 양질의 법률서비스가 평균적으로 담보될 수 있을지 다소 의문이 듭니다. 로스쿨의 교육기간은 매우 짧기 때문입니다. 거칠게 말하면 기존 사법시험체제는 변호사의 평균능력을 담보하지만, 로스쿨은 변호사의 최저능력을 담보한다고 봐야할 것 같습니다. 이에 관한 의견을 듣고 싶고, 혹시 로스쿨체제에서 평균질의 법률서비스를 담보할 수 있는 방안은 어떤 것을 생각해볼 수 있을지 말씀해주셨으면 합니다.

3. 형사사건 피의자에게 필요한 제도

필수적 변호사 변론주의 내지 변호사강제주의는 오히려 형사사건 피의자에게 절실히 요구되는 제도라고 생각합니다. 현 정부에서 검찰권 통제방안과 인권친화적 경찰권 행사방안이 논의되고 있습니다만, 수사단계에서 피의자의 인권이 침해될 우려가 매우 높고, 오히려 이 단계에서 변호사의 도움이 절실하다고 봅니다. 현 정부에서 도입을 검토하고 있는 형사공공변호인제도가 조속히 도입될 필요가 있고, 무자력피의자를 넘어서서 형사방어능력이 취약한 소년, 장애인, 노숙자, 외국인 등에게도 형사공공변호인의 법률서비스가 제공될 필요가 있다고 생각합니다. 비용이 문제라면 일단 앞으로 살아갈 날이 많은 소년에 대해서라도 우선적으로 형사공공변호인의 도입이 절실하다고 봅니다. 이들의 대부분은 낙인이 찍혀서 사실 변호인은 물론이고 부모의 관심조차 받지 못하고 있습니다. 그래서 소년범 처리과정에서 이들의 인권이 침해될 가능성이 성인보다 훨씬 높습니다. 요즘 소년범이 공포화되었다고 언론의 지면을 채우면서 엄벌주의 목소리가 높습지만, 그렇다고 해서 형사법의 원칙과 적법절차를 지키지 않고, 또 이들의 인권을 존중하지 않는 것은 야만에 대해 이성이 아니라 야만으로 대응하는 것이기 때문입니다. 이에 관한

두 분의 의견을 듣고 싶습니다.

4. 소송 남발이나 고소·고발 남용의 억제방안: 법률전문가의 필수적 자문주의

필수적 변호사 변론주의 내지 변호사강제주의가 소송의 남발을 억제하는 효과를 가져올 수 있습니다만, 변호사가 개입하면 오히려 소송이 더 많아질 수 있다는 시각도 있습니다.

이런 점에서 필수적 변호사 변론주의 내지 변호사강제주의가 아니라 법률전문가의 필수적 자문주의로 하면 어떨까 싶습니다. 민사소송을 제기하기에 앞서서 반드시 변호사나 법무사 등 법률전문가의 자문을 거치도록 하는 것입니다. 같은 맥락에서 수사기관에 고소나 고발을 하기 전에 형사공공변호인의 자문을 반드시 거치도록 하면 어떨까 싶습니다. 법정에 들어오는 사건 수를 일찌감치 통제함으로써 국가기관의 사건처리 부담을 덜어주고, 분쟁 발생 초기에 법률서비스를 제공받음으로써 사건이 조기에 해결될 수 있는 기회를 갖고, 또한 이로써 법정까지 가게 되면서 지출되는 분쟁해결비용을 절약할 수 있지 않을까 생각합니다. 이에 관한 두 분의 의견을 듣고 싶습니다.

필수적 변호사 변론주의와
민사 국선대리인 도입 및 논쟁에 대한 토론회

토론

04

변호사 강제주의 도입에 관한 이견

김삼수

경제정의실천시민연합 정치사법팀 국장

변호사 강제주의 도입에 관한 이견

김삼수

경제정의실천시민연합 정치사법팀 국장

1. 제안된 변호사 강제주의(나경원 의원)

- 상고심 절차에서 당사자는 변호사를 소송대리인으로 선임해야 함.
- 재판장으로부터 변호사 선임명령을 받고도 변호사를 선임하지 않으면 상고장을 각하하도록 하는 제도.
- 변호사 선임명령을 받고도 변호사를 선임하지 않으면 청구의 포기·인낙을 하는 것으로 추정.
- 변호사를 선임할 경제적 능력이 없는 당사자에 대하여 당사자의 신청에 따라 심사 후 국선대리인 혹은 공선대리인을 선임을 선임토록 함.
- 국선대리인의 보수는 국고에서 지급.

2. 문제점

가. 일반적 문제점

- 국민의 사법접근권에 본질적인 장애 (right to access to court)
- 국민의 재판을 받을 권리(헌법 제27조 제1항)의 본질적인 내용을 침해
- 개인간의 분쟁에 대한 법률가들의 지나친 간여(법률가들의 대리전)
- 국민의 필요가 아닌 법조직역의 이익을 위해 제도가 추진
- 제3자인 법률가의 제도적 개입으로 사적 분쟁해결에 장애

나. 제도적 문제점

- 형사, 행정, 소비자, 헌법상의 권리침해 등에 있어서는 국민, 피해자 등을 법률적으로 지원할 필요가 있지만, 개별적 민사분쟁에 있어서는 국가가 사회적 약자를 제외한 일방당사자

를 지원하는 것은 부당(국가에 의한 사적분쟁관여)

- 현재 사회적, 경제적 요부조자에 대한 분쟁 초기단계에서의 지원이 시급하고(제1심 절차), 제1심과 2심에서 쟁점이 정리되고 사실이 확정된 상고사건에서의 변호사선임의 필요성은 시급하지 않음.
- 법률가의 조력은 분쟁당사자의 요청에 의해 이루어져야 하며, 국가나 사회가 일방적으로 강요해서는 아니 됨.
- 변호사 강제주의는 법조인 전반에 대한 불신에 더해 사법부 불신으로 문제를 악화시킬 가능성이 높음
- 국선변호인을 대법원에서 관리하면 동 변호인의 객관적 공정성을 담보하기 어려움(당사자의 취지보다는 판례나 대법원의 법리에 의한 형식적 서면작성 우려)
- 국선변호인 선임심사가 상고장각하절차로 전락할 위험성(현재의 국선대리인 신청 기각율이 2014년 9월말 현재 82.45%)
- 국민의 기본권 보장과 사회정의 실현하는 헌법재판의 공익성은 민사소송과 비교하기 어려움.
- 정부나 사법부는 변호사에 대한 통제를 통해 분쟁자체를 통제할 위험성이 농후함 - 독일의 변호사 강제주의는 변호사의 활동이나 보수가 엄격하게 법률에 의하여 규율을 받고 변호사 윤리가 확보된 상황에서 비용의 공적부담을 전제로 설계된 제도임(우리와는 법률문화가 다름)

다. 제언

- 변호사 강제주의가 아니라 제1심에서 세입자, 소비자, 의료피해자, 환경 및 공해 피해자, 행정상 처분을 다투는 국민, 개인정보 보호나 금융피해를 입은 다수 당사자, 노동자 및 농민의 쟁송 등 경제적, 사회적 약자를 위한 공공변호사제도를 강화해 사법접근권을 보장하는 절차를 우선 진행해야 함.
- 제1심을 강화해 사법 불신을 해소하고 상고사건의 실질적 감소가 일어나도록 해야 함.
- 변호사들의 직역을 강화하기 위한 강제주의 등의 제도가 아니라 국민들에 대한 사법서비스 지원 확충방식으로 사법제도가 개선되어야 함.
- 제시된 개정안은 법원과 변호사 직역간의 유착관계에 불과함.

3. 결론

- 누구를 위한 제도인가? (법원과 변호사업계)
- 이 제도를 통하여 피해를 입는 사람? (전관예우 등으로 가격이 상승한 대법관출신 등 대법원사건 담당 변호사를 선임하지 못하는 국민 혹은 사회적, 경제적 약자)
- 제시된 변호사강제주의는 변호사업계의 독점에 따른 횡포를 방지할 방안을 전제하고 있지 않음. (대법원의 국선변호사가 대법원과 다른 입장에서 대법원의 선행판결을 비난하거나 파격적인 법리를 주장할 수 있을까?)
- 변호사 업계의 직역확대에도 도움이 되지 않음. (상고사건의 국선변호제 확대로 혜택을 보는 변호사가 몇 명이나 될까?)
- 오히려 제1심이나 분쟁의 종류별로 사법접근권을 강화하도록 조력하는 제도를 강화하는 것이 법조인의 직역확대나 공공기능을 강화하는데 도움이 될 것으로 보임.
- 경실련은 국민의 입장에서 본 개정안의 채택을 적극적으로 반대함 : 동 재원으로 사법적 부조를 필요로 하는 다양한 부류의 국민에게 사법지원을 강화하도록 할 것을 제안함.

필수적 변호사 변론주의와
민사 국선대리인 도입 및 논쟁에 대한 토론회

토론

05

‘필수적 변호사 변론주의와 민사 국선대리인 도입 및 논쟁에 대한 토론회’의 지정토론문

권순건

서울중앙지방법원 판사

‘필수적 변호사 변론주의와 민사 국선대리인 도입 및 논쟁에 대한 토론회’의 지정토론문

권순건

서울중앙지방법원 판사

1. 총론적인 입장

- “의무교육이 교사들을 위해 도입된 제도가 아닌 것처럼, 변호사 강제주의 역시 변호사를 위해 인정되는 제도는 아님”¹⁾
- 기본적으로 특정·필요 사건에서 필수적 변호사 변론주의는 필요하고, 입법적 결단을 위한 사회제반 환경도 어느 정도 갖추어진 상황으로 보임.
 - 변호사의 수, 변호사의 보수, 기타 등
- 또한 연혁적으로도 1990년대부터 지속적인 시도가 있었고, 독일법 등 해외의 입법례도 찾아 볼 수 있는 형편임.

2. 각론적인 입장

- 다만 우리나라 사법제도에서도, 모든 사건 혹은 상고심 사건에서 필수적 변호사 변론주의가 국민 개개인의 권리보장을 위하여 필요하여 결국 사법복지 영역에서 이를 실현해야 하는 것에 관하여는 이견이 클 수 있고, 이를 국민에게 설득하기 위하여는 상당한 노력이 필요할 것으로 예측됨.
- 새로운 제도를 도입할 때 필요한 입법기술상, 반론이 거의 없는 영역에서부터 이를 도입하는 것이 어떨지 하는 생각이 듭.

1) Vollkommer, Die Stellung des Anwalts im Zivilprozeß, Fn.34

- 예를 들어, 사법의 효율성 측면에서, 상고심 사건에서 전원합의체 대상사건이 된다고 주장하는 경우 등이 상정됨.

법원조직법

제7조(심판권의 행사) ① 대법원의 심판권은 대법관 전원의 3분의 2 이상의 합의체에서 행사하며, 대법원장이 재판장이 된다. 다만, 대법관 3명 이상으로 구성된 부(부)에서 먼저 사건을 심리(심리)하여 의견이 일치한 경우에 한정하여 다음 각 호의 경우를 제외하고 그 부에서 재판할 수 있다.

1. 명령 또는 규칙이 헌법에 위반된다고 인정하는 경우
2. 명령 또는 규칙이 법률에 위반된다고 인정하는 경우
3. 종전에 대법원에서 판시(판시)한 헌법·법률·명령 또는 규칙의 해석 적용에 관한 의견을 변경할 필요가 있다고 인정하는 경우
4. 부에서 재판하는 것이 적당하지 아니하다고 인정하는 경우

- 또한 후견적인 보호가 필요한 사회적인 약자(지적장애인, 미성년자 등) 이면서도 그 법정대리인 등이 실질적인 보호를 할 수 없는 사건 등에서 국가가 국선대리인을 선정하고 그에 필요한 소송비용도 국가가 부담하도록 하는 경우 등을 생각할 수가 있음.

3. 개정안의 실제 운영상 문제점

- 개정안 제424조의2 제5항은 피상고인이 소송대리인을 선임하지 아니하거나 국선대리인 신청을 하지 아니한 때에는 청구의 포기·인낙을 하는 것을 추정하도록 하고 있다. 왜 이와 같은 규정까지 두어야 하는지에 관하여 좀 자세한 설명이 필요하다. 개정안이 국선대리인 신청을 하지 아니하였다는 이유로 청구를 포기하였거나 인낙한 법률효과를 유도한 것이 라면 이를 찬성할 사람은 거의 없다는 점을 부연하고자 한다.