

## 辯護士責任과 第3者

-특히 不當訴訟, 不當執行, 名譽毀損을 中心으로

이상옥\* · 배성호\*\*

### I. 序

변호사의 업무상과실로 인하여 발생한 손해에 대한 책임확장의 경향은, 근래에는 단순히 의뢰인에 대한 책임에만 머무는 것이 아니라, 제3자에 대해서 발생한 손해에 대하여 까지 그 책임추급이 미치고 있다. 변호사업무는 무엇보다도 의뢰인의 법률문제를 처리하는 것이 가장 중요한 것임은 말할 필요도 없다. 이런 의미에서 변호사의 민사책임을 논함에 있어 가장 중요한 과제는, 역시 의뢰인에 대한 것일것이다. 그러나 법률전문가인 변호사의 업무는 결과적으로 의뢰인 이외의 자에 대해서도 큰 영향을 미치는 경우가 적지 않다. 예를 들면, 소송의 상대방을 누구로 할 것인가 하는 문제는 바로 그 단적인 예가 될 것이고, 그것에 응하지 않으면 아니되는 상대방으로서는, 경우에 따라서는 변호사의 불법행위책임이 문제가 되는 경우도 있을 것이다.

즉, 원칙적으로 변호사는 의뢰인이외의 제3자에 대해서 책임을 지지 않는다.

---

\* 영남대학교 법학대학 교수

\*\* 영남대학교 법과대학 강사

그러나 일정한 경우, 제3자에게는 법적 보호의 필요성으로 인하여, 각국은 여러 가지 이론구성을 취하여 제3자를 보호하고 있다. 그 근거로서 가장 중요한 것은 바로, 제3자에 대하여 변호사가 책임을 부담함으로써 인하여 변호사책임의 범위확대는, 제3자에의 변호사의 유책한 행위를 억지하는 것이 기대되고, 공중에 대한 장래손해의 발생이 방지되며, 그 결과 법적 서비스의 질의 향상을 이루는 한편, 역으로 손해를 입은 제3자의 구제를 방지하는 것은 변호사에 대한 공중의 불신감을 증가시키는 결과를 가져온다는 점등이다<sup>1)</sup>. 이러한 것을 근거로 하여, 다음에서 논하는 것과 같이 변호사의 제3자에 대한 책임이 긍정되게 되는 것이다.

결국 이는 법률전문가로서 변호사의 주의의무의 고도화에도 관계가 있는 것으로서, 문제의 핵심은 어느 범위까지의 제3자를 보호할 것인가 즉, 제3자의 보호범위를 어디까지 할 것인가와 의뢰인의 상대방에 대한 주의의무를 의뢰인에 대한 주의의무와의 관계에서 어떻게 설정할 것인가가 주요한 것이다. 각국은 변호사·의뢰인 관계라고 하는 계약당사자관계의 제한을 넘어서 변호사의 의무를 확대·인정하려고 하는 추세에 있다. 그러나 변호사는 의뢰인의 이익을 수호하는 것이 당연한 것이고, 제3자에 대한 책임을 무한정 확대한다면, 변호사는 제3자에 대한 책임을 면하기 위하여 의뢰인에 이익상반행위를 범할 가능성뿐만 아니라 양자의 신뢰관계가 손상될 우려가 있다. 따라서 책임범위의 설정은 무엇보다도 중요한 문제이다. 이와 관련하여 우리나라에서는 구체적 논의는 전개되고 있지 않지만, 국민들의 법의식의 진전 및 법치주의의 강화로 인하여 이에 대한 관심은 높아지고 있는 것이 사실이라 할 것이다.

따라서 본고에서는 이에 관한 체계적인 논의를 하고 있으며 또한 여러 가지 면에서 우리의 체제와 흡사한 일본에서의 변호사의 제3자에 대한 책임에 관한 이론구성<sup>2)</sup>과 그 책임의 내용 및 범위 등의 문제에 대한 학설·판례를 검토하

1) Notes, Attorney's Negligence and Third Party, 57 N.Y.U.L.Lev.126, 127(1982); Note, Extending Legal Malpractice Liability to Nonclients-The Washington Supreme Court Considers The Privity Requirement, 61 Wash.L.Lev.761, 766, 767(1986).

2) 일본에서는 변호사책임과 관련된 제3자를 논함에 있어 주로 불법행위책임이론 구성을

기로 한다. 특히 일본에서 변호사의 제3자에 대한 책임이 문제된 사안을 유형별로 분류할 경우, 부당소송, 부당집행 그리고 부당한 변론활동으로 인한 상대방 당사자 또는 상대방 당사자의 소송대리인의 명예를 훼손한 사례로 대별할 수 있기 때문에 아래에서는 이를 중심으로 논하기로 한다.

## II. 不當訴訟

자신의 목적을 달성하기 위하여 법률상의 근거가 없는 소를 제기하는 경우와 같이, 소의 제기 그 자체가 상대방에 대한 제소자의 불법행위가 성립하는 경우가 있다<sup>3)</sup>. 이러한 부당소송이 본인소송인 경우에는 물론이고, 소송위임을 받은 변호사에 의하여 행하여진 경우에, 변호사도 책임을 부담할 것인가 하는 것이 문제가 된다.

부당제소 내지 부당항쟁은 변호사뿐만이 아니라 의뢰인에 의하여서도 행하여 질 수 있기 때문에, 변호사의 의뢰인에 대한 책임문제와는 다른 측면이 존재한다. 따라서 변호사의 제3자에 대한 부당소송에 관한 책임요건을 검토함에 있어서는 의뢰인의 부당소송에 관한 책임요건과의 관계를 비교·검토하여야 한다.

### 1. 要件論

#### (1) 一般

하고 있다. 즉, 계약책임적 이론구성은 거의 시도 하지 않는다. 그 이유는 당사자관계의 인정에 요하는 계약책임구성의 이론조작의 곤란성과 아울러 굳이 계약책임구성을 꾀할 실익이 없다하여 일반적으로 불법행위책임구성을 하고 있다.(円谷峻, 日本法における[専門家の不法的爲責任], 川井健編 専門家の責任, 1993, 일본평론社, 참조) 따라서 본고에서도 우리나라에서의 계약책임적 구성가능성에 대한 논의는 논외로 하기로 하고, 현재까지의 일본에서의 학설·판례의 충실한 검토라고 하는 차원에서 불법행위 책임구성을 전제로 하여 이론구성하고 있음을 미리 밝혀둔다.

3) 最判昭63.1.26 민집42권1호1면 참고.

소송대리인인 변호사의 부당소송에 관한 책임의 성립요건은 기본적으로 일 반불법행위의 성립요건에 따라 결정된다. 그러나 앞서 언급한 것과 같이 변호 사의 책임요건과 의뢰인의 책임요건과의 관계를 어떻게 설정할 것인가가 중요 하다. 먼저 의뢰인의 부당소송에 관한 책임요건은 다음과 같다.

- ① 피침해이익의 존재
- ② 권리침해의 사실=위법성
- ③ 고의·과실
- ④ 권리침해사실과 손해와의 인과관계
- ⑤ 손해가 그 요건이 된다.

이에 대하여 변호사의 부당소송에 대한 책임요건으로서는, 의뢰인의 책임요 건과의 비교에서 일부의 요건에 있어서는 약간의 수정을 요한다. 즉, ②의 권리 침해의 사실=위법성의 내용은, 변호사가 소송대리인의 활동으로서 행한 소송의 제기 등이 재판제도의 취지목적에 비추어 현저히 상당성을 결하여야 한다<sup>4)</sup>.

## (2) 違法性

그리고 의뢰인의 책임요건인 위법성과의 관계에 있어서 ① 당사자의 제소 등에 대한 위법성이 전제된다는 견해, ② 변호사 자신의 부당제소 등에 대한 위법성만을 전제하자 즉, 변호사의 책임요건은 의뢰인의 책임성립과는 별개의 것으로 하자는 견해가 있다.

- ① 설에서는 위법성의 평가근거사실로서 변호사에게 다음의 세가지를 요구한다.
  - i. 의뢰인의 주장에 대한 권리 또는 법률관계가 사실적, 법률적 근거를 결한 것일 것,
  - ii. 의뢰자에게 i에 대한 인식 또는 인식가능성이 있을 것,
  - iii. 변호사에게 i·ii에 대한 인식, 인식가능성이 존재할 것이 요구된다.

이에 대하여 ②설은 변호사는 법률전문가의 입장에서 제소 등의 가부를 적 절히 판단하여야 하기 때문에, 의뢰자의 인식을 문제로 삼는 것은 상당하지 않 다. 그러므로 위법성의 평가근거사실로서 다음의 두 요건을 요구한다.

4) 最高裁 昭和63.1.26.

- i. 의뢰자주장의 권리 또는 법률관계의 사실적 법률적 근거를 결한 것일 것,
- ii. 변호사에게 i에 대한 인식, 인식가능성이 있을 것만으로 요건이 충족되게 된다.

변호사의 직무의 성질에 비추어 ②설의 입장이 상당하며, 위법성의 평가장해 사실의 존재는 긍정되어야 한다.

부당소송에 있어 변호사의 불법행위책임의 성부가 문제가 된 사례인 東京高判 昭和54.7.165) (책임부정)을 보면 책임이 성립하기 위하여 「㉠ 변호사가 제

5) 판례시보, 945호 51면.

[사실판계]

- ① 제1차 소송 A는 X변호사에게 위임하여 B에 대하여 가동기 청구소송을 제기하였던 바, 청구기각의 판결이 있어 확정되었다.
- ② 제2차 소송 그 후 A는 다시금 X에게 위임하여 B에 대하여 동일이유를 가지고서 본동기청구를 위임하였던 바, B는 Y변호사를 소송대리인으로 하여 용소합과 동시에 반소로서 소유권확인청구 및 A의 위 본소제기를 불법행위라고 하여 이에 기초한 손해배상청구를 제기하였다. 이에 대해서는 본소청구는 기각, 반소청구는 인용의 판결이 확정되었다.
- ③ 제3차 소송 거기서 B는 다시금 Y에게 위임하여 이번에는 X에 대해 위 불법제소에 기한 손해 배상청구소송을 제기하였던 바, 이 청구는 기각되었다.
- ④ 본건 이상과 같은 경위를 거쳐 X는 Y에 대해, ③의 소송제기 기타의 불법행위에 기한 손해배상청구를 하였던 바, Y는 X에 대해 본소가 부당소송이라고 하며 그 용소에 의한 정신적 고통에 대한 위자료청구를 반소로서 제기하였다. 1심은 본소청구를 기각하고 반소청구를 인용하였는데, 이에 대해 X가 항소하였다.

[결론] 본소청구기각, 반소청구인용(10만엔)

[판결요지]

- (a) 소송대리인을 통하여 한 제소가 위법하고 의뢰인인 본인이 상대방에 대해 불법행위책임을 져야 하는 경우에도, 대리인에 관해서는 소등의 제기가 위법임을 알면서 굳이 이것에 적극적으로 관여하거나 또는 상대방에 대해 특별한 해의를 가지고 위법제소를 틈타 이것에 가담하거나, 위법제소임을 용이하게 알 수 있는데도 만연히 이것을 간과하여 소송활동에 이르는 등, 대리인으로서의 행동 그것 자체가 별개의 불법행위라고 평가할 수 있는 경우에 한하여 상대방에 대한 불법행위가 성립한다.
- (b) 본건에서는, B는 X가 A등과 의사상통하여 A등과 동일한 인식하에서 B에 대한 각 소송활동으로 나아갔던 것이라고 생각하여 ③의 소제기를 단행하였는데, B가 그렇게 생각한 것은 합리적인 근거에 기초하지 않은 것은 아니다. 따라서 B로부터 소송의 제기수행을 위임받아 행한 Y의 소송활동도 위법성을 결한다.
- (c) X는 본건제소가 이유 없음은 충분히 알 수 있었는데도 본소를 제기한 것이므로 Y에 대한 불법행위를 구성한다.

소가 위법한 것을 인식하고서, 적극적으로 관여할 것, ⑥ 상대방에 대하여 악의  
를 가지고, 위법제소에 편승·가담 할 것, ⑦ 위법제소인 것을 용이하게 인식할  
수 있었음에도 불구하고, 만연히 이를 간과하여 부당제소에 관여할 것」이 필  
요하다고 판시하고 있다.

또한 京都地判 平成3. 4. 23<sup>6)</sup>7) (책임부정)도, 변호사의 부당제소 및 부당한

- (d) Y는 이러한 부당제소의 응소를 할 수밖에 없어 1심에서는 변호사를 소송대리인으로  
하여 다투었던 것이기 때문에, 정신적 고통을 받고 있음이 추인 가능하다. 위자료액  
은 본소가 ③의 보복적 소송인 점 등을 고려하여 10만원이 타당하다.

6) 判例タイムズ760호 284면.

[사실관계] X는 Y1의 강제집행이 불법행위에 해당한다고 하여 손해배상청구소송을 제  
기하여 승소하고(판결확정, 채무명의①) 일부변제를 받았다. 그런데 Y1은 변호사 Y2를  
소송대리인으로 하여 위 채무의 殘部와 A·B의 X에 대한 사전구상권의 채권양도를 받  
은 것과는 상계하였다고 주장하며 청구이의소송을 제기하여, 일심에서 청구기각, 항소  
심에서 항소기각되었음에도 불구하고 상고까지 하여 다투었다. 또 위 소송이 상고중에  
Y2는 A·B의 소송대리인으로서 위 채권양도의 합의해제를 전제로 하여, 사전구상권청  
구소송을 제기하고 승소판결을 얻었다.(판결확정, 채무명의②). 그리고 채무명의②에  
의해 채무명의①에 기초한 잔부채권의 압류·전부명령을 신청하여 위 명령을 얻었기  
때문에, X는 채무명의①에 기초한 잔부채권의 회수가 불가능하게 되었다. 거기서 X는,  
Y1의 청구이의소송이 부당소송으로서 불법행위가 되고, Y2가 Y1의 소송대리인으로서  
위 소송의 제기·수행을 한 것이 불법행위가 되며, Y2가 A·B의 소송대리인으로서 사  
전구상권청구소송을 제기하고 승소판결을 채무명의②로 하여 채무명의 ①에 기초한 잔  
부채권의 압류·전부명령을 신청한 것 등이 불법행위가 된다는 취지로 주장하며, 손해  
배상청구를 하였다.

[결론] 청구기각

[판결요지] -Y2에 대한 청구부분에 한정

- (a) 의뢰인으로부터 소송의 제기·수행·상소 등의 소송행위를 위임받은 변호사는 소제  
기가 위법임을 알면서 굳이 적극적으로 관여하거나, 위법제소임을 용이하게 알 수  
있는데도 만연히 이를 간과하여 소송활동으로 나아가는 등, 대리인의 행동 그 자체  
가 불법행위로 평가될 수 있는 경우에 한해 소송의 상대방에 대해 불법행위가 된다.
- (b) Y2가 Y1의 소송대리인으로서 청구이의소송의 제기·수행·상소를 한 것은, 법률전  
문가인 변호사라는 입장을 고려하더라도 여전히 타당한 것이다. 또 Y2는 일방에서  
는 청구이의소송을 유지하고 A·B로부터 구상금채권을 양수했다고 주장하면서도 타  
방에서는 A·B등의 소송대리인으로서 사전구상권청구소송을 제기하고 있고, 이 청  
구이의소송과 사전구상권청구소송은 양립할 수 없는 관계에 있지만, 구상채권의 귀  
속에는 다툼이 있고 재판상으로도 미확정의 상태에 있었던 점등으로부터 보면, Y2  
가 Y1·A·B의 법률관계를 공평하고 합리적으로 해결하고자 하여 취할 수 있는 법  
적 수단의 관계를 고려하여 본 건과 같은 처리를 한 것은, 법률상 허용되는 범위 내

소송수행에 관한 불법행위책임의 성립요건으로서, 앞의 사례의 ㉔㉕를 들고 있다. 이와 같은 일련의 판례의 태도는 ㉔설과 합치된다<sup>8)9)10)</sup>.

### (3) 過失

결국 위법성의 문제를 검토함에 따라 얻을 수 있는 결론은 변호사의 제3자에 대한 주의의무의 정도를 어느 수준에서 설정할 것인가의 문제로 귀결된다 할 수 있다. 아래에서는 주의의무의 정도설정과 관련이 있는 과실을 중심으로 논의를 전개한다.

제3자에 대한 구체적 의무의 내용은 일반적 주의의무에서 파생되는 「근거 없는 제소를 하여 상대방에게 손해를 발생시킬 것인가에 대한 검토의무」 내지 「제소 및 소송수행이 상당한 것인가 즉, 위법한 것은 존재하지 않는가에 대한 검토의무」가 존재하는가이다.

윤리적인 측면에서 본다면 변호사는 공정하게 중립적인 입장에 서서 법적 판단을 하여야 하지만, 법적인 주의의무의 차원에서는 그 내용을 달리하여야 한다. 소의 제기에 있어서 변호사는 의뢰인의 이익을 위하여 최선의 노력을 하지 않으면 아니된다는 점을 간과하여서는 아니된다. 결국 최종적인 법적 판단은 법원의 전권사항이며, 대리인인 변호사는 의뢰인이 법원의 판단을 받을 권리를 행사할 수 있도록 지체없이 원조하지 않으면 아니되기 때문에 만약 의뢰인본인의 자료제공에 믿을 수 있는 일응의 근거가 존재하는 한 이것을 근거로 하여 소송에서 공격방어를 전개하고, 설사 경우에 따라 패소한다 할지라도 상

---

의 소송행위로 평가할 수 있다.

7) 그 공소심은 大阪高判 平成4.1.28 判例タイムズ792호 176면.

8) 東京地判 平成8. 2. 23 판례시보1578호 90면 참고.

9) 加藤新太郎, 변호사역할론, 홍문당, 1992, 179면.

10) 변호사에 의한 「근거 없는 청구 및 주장의 금지」는, ABA의 Model Rule 3.1에도 규정되어 있다. 즉, Model Rule 3.1 본문은 「변호사는 현행법의 확장·수정·변경에 대한 성실한 논의를 거쳐 미약하지 않은 근거가 있는 경우를 제외하고는, 소송의 개시, 혹은 소에 대한 응소, 또는 소송에 관한 쟁점에 대한 주장을 제출하거나 이에 대하여 다루는 것은 허용되지 않는다.」라고 규정하고 있다. 주의할 것은 「미약하지 않은 근거」라는 것이고, 이는 주관적 요건이 아니라, 객관적 요건임을 주의하여야 한다.

대방에 대한 책임은 문제되지 않는다고 하여야 할 것이다<sup>11)</sup>. 따라서 결론적으로 변호사의 제3자 내지 의뢰인의 상대방에 대한 주의의무는 의뢰인의 권리상황을 중심으로 판단하지 않으면 아니되는 것이다. 따라서 의뢰인에 대한 변호사의 주의의무의 정도보다는 경감된다 할 것이다.

#### (4) 其他

부당소송에 관한 변호사의 책임요건과 관련하여 마지막으로, 「변호사가 의뢰인의 주장이 타당치 못하거나 증거와 관련해 볼 때 승소의 가망이 없다고 생각하여 의뢰인에게 이를 설명했음에도 불구하고 의뢰인이 제소하기를 희망하는 경우, 변호사는 어떻게 대응하여야 하는가」에 대하여 검토하려 한다.

이에 대하여 ①상대방이 응소를 부담해야 할 이유는 없으므로, 변호사는 제소해서는 안되며 소송위임의 의뢰를 거절해야 할 의무가 있다는 설, ②변호사는 법관이 아니므로, 그러한 의뢰를 받더라도 그것은 변호사의 재량에 맡겨져 있는 성질의 것이며, 변호사에게 소송위임의 의뢰를 거절해야 할 의무는 없다는 설<sup>12)</sup> 등이 있다.

일본변호사연합회가 1990년에 제정한 변호사윤리 24조에 의하면, "변호사는 의뢰의 목적 또는 수단·방법에 있어서 부당한 사건을 수임해서는 아니 된다"고 규정되어 있으므로, 이러한 부당한 사건의 경우에는 소송위임의 의뢰를 거절해야 할 의무가 변호사에게 있다고 보아야 할 것이나, 그 외의 사건에 있어서는 어떻게 생각할 것인가는 이를 논하는 논자의 변호사역할관에 따라 결론을 달리 할 것이다. 따라서 애당초 분쟁안건은 다양하며, 실제법의 차원에서는 승산이 없다고 생각되는 사례라 할지라도 소송수행과정 중 화해적 해결의 모색 가능성도 배제할 수 없기 때문에 유연한 대응을 가능케 하는 ②설이 타당하다<sup>13)</sup>.

11) 鈴木重勝, 辯護士の民事責任, 判例研究・取引と損害賠償—不法行為責任を中心として, 상사법무연구회, 1989, 273면.

12) American Law Institute, Restatement of the Law Second Torts 2d. §674, 1976의 주석에서는, 이 입장을 채택하고 있다.

13) 加藤新太郎, 앞의 책, 181면.



## 2. 整理

재판을 받을 권리는 원고의 제소를 정당화시키고, 제소된 제쟁관계인 소송물에 대한 법적 분쟁의 해결이라고 하는 제도적 필요에서 피고의 응소부담의 근거를 찾게된다. 그러나 제소는 원칙적으로 정당하다고 추정되기 때문에 제소 및 소송수행이 부당한 것으로서 불법행위책임을 추급하기 위해서는 꽤 강한 위법성의 존재가 필요하다. 즉, 그것이 「재판제도의 취지목적에 비추어 현저히 상당성을 결하였을 것」이라고 하는 요건이 충족되어야 하는 것이다. 왜냐하면 피고(응소자)에게 그와 같은 상당성없는 응소를 부담지울 근거가 없기 때문이다.

부당소송의 성부를 결정하는 위법성판단은 「재판제도의 취지목적에 비추어 현저한 상당성을 결하였는가 어떤가」라고 하는 규범적 판단에 의하여 행하여지지 않으면 안되지만, 그것은 민사소송의 목적을 어떻게 해석하는가에 따라서 구체적 평가는 다르게 나타난다는 것 또한 간과해서는 아니된다.

부당소송에 의하여 상대방당사자에게 의뢰인과 변호사는 각각 고유의 불법행위책임을 부담한다. 의뢰인이 변호사에게 의뢰한 사실은 당사자에게 권리·법률관계의 사실적·법률적 근거의 결여에 대한 인식 또는 그 가능성이 있다고 인정되기 위해서는 소극적 요소에 의하는 경우가 많다. 의뢰인은 변호사의 불법행위책임에 대하여 변호사의 직무의 독립성 및 전문성·재량성이라고 하는 성질에 의하여, 사용자책임을 부담하지는 않는다.

변호사는 부당하게 재판제도를 이용하려고 하는 의뢰인을 배제시켜야 하는 의무가 있다. 법률전문가인 변호사가 부당한 의도를 가진 의뢰인에 의하여 도구로서 이용되는 것은 변호사 자신의 법률전문가로서의 긍지라고 하는 측면에서도 회피하지 않으면 아니 된다. 이것은 변호사가 소송과 집행에 있어 대리인으로서의 경우 뿐만이 아니라, 그 이전단계인 상담 내지 조언의 경우에도 마찬가지이다.<sup>14)</sup>

14) 加藤新太郎, 앞의 책, 187면.

### III. 不當執行

부당집행으로 인한 불법행위가 성립하려면 실체법상의 청구권이 없음을 알았거나 알 수 있었음에도 불구하고 강제집행을 신청하여 타인에게 손해를 가했을 것이 요구된다<sup>15)</sup>. 따라서 부당소송의 경우 실체법상의 청구권의 부존재에 관한 고의·과실이 가장 중요한 책임요건이 된다.

보전처분의 경우는 일반적 소송의 수행등과는 달리 상대방에 대한 고려를 신중히 하지 않으면 아니된다. 왜냐하면 법적 집행 내지 보전처분 그 자체가 법적인 것은 물론이고 사회적으로 상당한 의미를 갖고 있기 때문이다. 따라서 부당보전처분의 경우에는 상대방에 대한 주의의무는 상당히 가중된다<sup>16)</sup>.

나아가 대리인인 변호사에게도 위와 같은 주의의무의 가중이 요구되는가와 관련하여 鈴木重勝 교수는 부당집행과 관련된 東京地判 昭和45. 5. 30<sup>17)</sup>의 판결을 언급하면서<sup>18)</sup> 보전소송의 성격상 일반인인 본인에 대해서조차 주의의무

15) 加藤一郎, 불법행위(중보판), 유비각, 1974, 99면; 篠原弘志, 주석민법19(加藤一郎 편), 유비각, 1965, 163면.

16) 篠原弘志, 앞의 책, 165면; 鈴木重勝, 앞의 논문, 276면; 大判 大正10.4.4; 大判 昭和13.5.7; 나아가 신청인인 채권자에게 심지어 무과실책임을 인정한 하급심판례로는 東京地判 昭和45.5.30을 들 수 있다.

17) [사실관계] Y변호사는 A로부터 위임을 받아, X가 A에 대해 발행한 약속어음금 50만 엔의 채권을 보전하기 위해 X소유의 가옥에 대해 가압류 신청을 하고 가압류결정을 얻어 그 집행을 하였다. 그러나 위 신청 당시 그 약속어음금채권은 원인관계의 소멸에 따라 이미 소멸하고 있었다. X는 Y가 이것을 알면서도, 또는 변호사로서 조사하면 용이하게 알 수 있는데도 전혀 조사하지 않고 위 가압류신청을 한 것이라고 하여, Y의 고의 또는 과실에 의한 부당집행(불법행위)에 기초하여 위자료 100만 엔을 청구하였다.

[결론] 청구기각

[판결요지] Y는 X의 A에 대한 본건 어음채무가 본건 가압류신청 당시 이미 변제되어 소멸하고 있었음을 알지 못했다. 또 A로부터 상담을 받은 경위, A가 실제로 어음을 소지하고 있었던 점에 비추어 보면, Y가 그것이상 변제관계를 조사하지 않았다 하더라도 변호사로서 가압류신청을 함에 있어서 사전조사를 함에 있어 특히 소홀한 점이 있다고는 할 수 없기 때문에 변호사에게 달리 과실은 없다.

18) 鈴木重勝, 앞의 논문, 273-274면.

의 가중이 요구되는데 있어, 보전처분에 대하여 절차·작용·효과를 숙지하고 있는 법률전문가인 변호사에 대하여 이러한 주의의무의 가중은 당연한 것이라고 한다. 즉, 이를 좀더 상세히 살펴보면, 피보전채권(약속어음채권)이 소멸하였음을 간과하고 이루어진 가압류신청이라 할지라도 채권자가 약속어음을 소지하고 있었던 경우라면 그 채권자를 대리하여 가압류신청을 한 변호사에게는 과실이 없다고 한 판결에 대하여, 일반인인 경우 어음이 회수되지 않았다면 어음금이 아직 변제되지 않았다고 하는 것이 상식적인 일일지 모르지만, 법률전문가인 변호사로서는 보전소송의 사회적 위험성까지 고려하여야 하기 때문에 일반인과 동일한 정도의 주의의무를 요구한다는 것은 타당치 못하다는 것이다<sup>19)</sup>.

#### IV. 名譽毀損

##### 1. 序

소송수행과정에서 있어서는 소송당사자의 자유로운 재판자료·증거자료의 제출이, 실제적 진실에 부합하는 판결의 기초가 된다. 변론주의는 재판자료·증거자료의 제출을 소송당사자의 책임으로 상정함으로써 적극적 변론활동을 예정하고 있다.

그런데 소송이라는 것은 상호 대립하는 자 간의 공격방어의 장이기 때문에, 소송수행 과정상 상대방 당사자의 명예를 훼손시키는 주장이 행해지기도 하고, 모욕적인 언사의 응수도 있게 된다. 이러한 경우 이를 일반적인 명예훼손의 경

19) 참고로, 대리인인 변호사가 피압류채권인 어음채권이 소멸하고 있다는 것을 간과하고 가압류신청을 한 것은 과실이 없다고 한 東京地判 昭和49. 3. 13 판례시보747호 75면과 별써 면탈담보가 공탁되고 있는 것을 알지 못하여 가집행면탈선언부판결에 근거하여 강제집행을 신청한 것이 불법행위로서의 위법성을 갖추었지만, 손해의 불발생을 이유로 신청대리인인 변호사의 책임을 부정한 東京地判 平成4. 6. 17 判例タイムズ795호 81면 등이 있다.

우와 동일시하여 당사자 또는 소송대리인인 변호사의 불법행위책임을 인정한다면, 이른바 당사자변론주의는 상당히 위축되게 될 것이다. 따라서 민사소송에 있어 자유로운 재판자료·증거자료의 제출은 보장되지 않으면 아니 되지만<sup>20)</sup>, 항상 상대방 당사자가 명예훼손적 언사를 감수해야 하는 것은 아닐 것이다. 그러므로 민사소송에서의 재판자료·증거자료의 제출에 의한 상대방의 명예훼손의 성부라고 하는 문제는<sup>21)</sup>, 자유로운 소송수행의 보장과 상대방의 인격권보호라고 하는 이익조정の問題이고, 양자의 조화로운을 어디에서 찾을 것인가 하는 것이 상당한 문제가 되고 있다.

## 2. 자유로운 訴訟遂行의 保障과 相對方의 人格權保護와의 조화점

자유로운 소송수행의 보장과 상대방의 인격권 즉, 명예의 보호와의 조화로운에 대한 확설을 검토하기로 한다.

첫째, 변론주의·당사자주의를 기조로 하는 민사소송하에서는, 당사자가 자유롭게 기탄없이 주장을 하는 것이 중요하기 때문에, 특히 악의를 가지고서 한 발언이 없는 한, 원칙적으로 위법성을 조각한다<sup>22)</sup>. 결국 행위의 상당성이라고 하는 객관적요건이 아니라, 행위자의 주관적 요건을 위법성조각사유로 삼는다<sup>23)</sup>.

20) 東京地判 昭和31.11.5, 하민집 7권 11호 3129면에 의하면, '현행의 변론주의, 당사자주의를 기조로하여 운영되고 있는 민사소송하에서는 소송의 진행을 원활히 하고, 그 목적을 정확히 달성하기 위해서는 당사자가 소송절차에서 자유롭게 기탄없이 주장하고 재판자료 및 증거자료를 법원에 제출하여 그 판단을 기다리는 것이 허용되어야 하며, 그것을 위해서는 먼저 공격방어의 자유가 상당한 중요도를 가지고서 존중되지 않으면 아니된다고 지적하고 있으며, 어느정도의 명예훼손적 행위는 허용되어야 한다'는 입장을 취하고 있으며, 현재까지의 일본판례의 일관된 입장이다.

21) 변호사가 직무를 수행함에 있어 상대방이나 소송대리인 기타 제3자의 명예를 훼손하는 행위형식은 주로 법정에서 있어서의 직접적인 증거에 관한 변론 또는 반대신문 등이지만 답변서나 준비서면의 기재사항에 의한 경우도 많으며, 경우에 따라서는 법정외에서의 증거수집활동이 문제가 되기도 한다.

22) 五十嵐清, 주석민법(19), 加藤一郎 편, 유비각, 1965, 188면.

23) 門口正人, 裁判解説昭和60年度 [12], 1988, 법조회, 198면에 의하면, 현재 이에 대하여, 「현실의 악의」 이론을 차용하고, 특별한 악의의 유무(주관적 요건)에 의해 위법성의 존부를 판단하는 것은 바람직하지 못하다는 비판을 하고 있다.

둘째, 변론주의에 의해 소송당사자는 재판자료·증거자료의 제출권능이 있지만, 그 제출권능은 제출된 주장사실과 증거가 소송절차상 본래 가져야 하는 고유의 기능을 발휘하기 위한 것이므로, 결국 명예훼손의 성립을 원칙적으로 부정하자는 학설<sup>24)</sup>이 있다. 이는 자유로운 소송수행의 보장과 상대방의 인격권 보호라는 요청간의 우선순위에 대하여, 소송수행과정에서 변론주의의 기능을 충분히 발휘시키기 위하여, 전자를 원칙적으로 우선하자는 견해이고, 그것을 소송당사자의 자료제출기능에 착안하여 설명하고 있는 점이 새롭다고 평가할 수 있다<sup>25)</sup>.

이와 같이 두가지의 견해는 결국 민사소송에서 명예훼손에 의한 불법행위책임이 성립하는 것은 예외적인 상황에만 가능하다고 하는 인식의 표명이다. 이것은 소송수행의 과정상 어느 정도의 명예훼손이 있을지라도, 그것이 상당하지 않는 한, 실체적 진실의 확보라고 하는 소송의 제도적 요청이 존중되어야 한다고 하는 실체규범을 승인하는 것으로 평가할 수 있다<sup>26)</sup>.

셋째, 변론주의하에서 전개된 주장·입증은 그 성질상 유형적으로 명예훼손 즉, 인격권침해의 기능성은 존재할지라도, 적정 판단의 확보라고 하는 이익유지의 관점에서, 원칙적으로 그 침해가 사회적 상당성이 있는 경우에는 허용된다. 하지만 예외적으로 그것이 법질서에 위반하는 형태의 법익침해는 사회적 상당성을 상실한 것으로 허용되지 않는다고 하는 법규범명제로서 구성시킨다<sup>27)</sup>. 그래서 이것이 이익형량에 있어서 그 기준이 되어야 한다. 무엇보다도 법질서에 위반한 형태로서 법익침해가 있다면, 예외적일지라도 명예훼손의 책임이 긍정되어야 할 것이다.

이와 같이 당사자 또는 변호사의 변론활동 등에 의한 명예훼손이 문제되는 경우에는 여타의 일반적인 명예훼손의 경우에 비해 훨씬 좁은 범위에 있어서만 불법행위의 성립을 인정하고 있다.

24) 鈴木重勝, 民事訴訟における名譽毀損(上), 민사연수367호, 1987, 8면 주1).

25) 加藤新太郎, 앞의 책, 197면.

26) 加藤新太郎, 앞의 책, 197면.

27) 加藤新太郎, 앞의 책, 197면.

### 3. 社會的 相當性에 관한 學說의 檢討

이상과 같이 사회적 상당성을 결한 예외적인 경우, 변호사는 변론활동상 제3자에 대한 명예훼손을 이유로 불법행위책임을 부담하게 된다. 다음은 이와 같이 사회적 상당성의 결여에 대한 즉, 위법성의 문제에 관한 학설을 검토하기로 한다.

#### (1) 二段階違法性操却事由說

판례상 변론활동에 의한 명예훼손이 문제된 사례들을 그 강도에 따라 1~8단계로 나눈 다음, 1~2단계에 속하는 사례는 피해자의 명예침해의 정도가 경미하고 일상의 사회생활에서도 흔히 있을 수 있는 것이기 때문에, 그리고 3~4단계에 속하는 사례의 경우에는 비록 이를 통해 상대방의 명예가 침해되었다 할 지라도 소송이라는 특수한 장에서의 당사자의 활동의 자유를 우선시켜, 어느 경우이나 판례는 가해자의 배상책임을 인정하지 않는다<sup>28)</sup>.

그러나 명예침해의 강도가 5~8단계에 속하는 사례의 경우에는 판례에 의하면 일단 위법성이 인정되며 예외적인 사유가 존재하는 경우에만 위법성이 조각

28) 鈴木重勝은 자신의 이해의 편의상 다음과 같이 1단계에서 8단계까지 구분한다고 한다. 먼저 1에서 2단계는 상대방의 명예를 해하려고 하는 언동은 확실하지만, 일상사회상 흔히 있을 수 있는 정도이기 때문에 사회적 평가도 일반적으로 명예훼손으로 보지 않는 단계이다. 판례상으로도 명예훼손을 인정하지 않는다. 그 예로서 東京地判 昭和26.9.27, 東京地判 昭和31.11.5, 東京地判 昭和43.6.20 등이 있다. 다음에 3에서 4단계에 해당하는 예로서는 東京高裁 昭和49.4.18(민사소송이 사인간의 분쟁 해결의 장에서, 이해관계와 개인적 감정이 날카롭게 대립하고, 각자의 입장에서 공격방어방법의 제출이 치열하게 행하여지고 승패가 결정된다고 하는 구조를 본다면, 상대방에 대한 다소의 비난과 중상에 가까운 언사를 사용할지라도 이것은 소송의 결과를 자기에게 유리하도록 하고자 하는 당사자의 열의라고 볼 수 있기 때문에 소송에서 상대방을 고의로 해하려고 하는 기도가 있었다고 확실히 증명되지 않는 한 사회적으로 허용되는 행위라고 보고, 위법성을 가지지 않는다고 함이 상당하다), 東京地裁 昭和50.5.20(변론주의를 기본이념으로 하는 민사소송제도하에서는 소송절차에 있어서 당사자가 기탄없는 주장을 하여야 한다고 하는 목적을 달성하기 위해서는 공격방어의 자유를 제한함에 있어서는 신중하지 않으면 아니된다), 東京地裁 昭和56.10.26, 東京高裁 昭和48.12.18 등이 있다.

되는데, 이러한 위법성조각사유는 다시 단계에 따라 그 내용을 달리한다. 즉, 5~6단계의 사례의 경우에는 일단 명예훼손에 해당하는 변론활동이라 할지라도 그 활동이 소송사건과 관련성을 가지는 것이며, 소송수행 상 필요하고 또 그 방법이 상당성을 지니고 있다면 위법성이 조각되지만<sup>29)</sup>, 7~8단계의 사례(범죄사실의 단정 또는 범죄를 범한 혐의가 있다는 취지의 지적을 한 경우가 여기에 속한다)의 경우에는<sup>30)</sup> 앞의 위법성조각사유(관련성·필요성·상당성) 이외에 가해자가 자신이 지정한 사실을 진실로 믿고 또 그 믿음에 합리적 근거가 있다고 인정되는 경우에만 위법성이 조각될 수 있다<sup>31)</sup>.

이를 정리하면 위법성조각사유로서 「(i) 상대방당사자의 명예를 훼손한다는 사실의 지적이 당해사건과 관련성을 가지고, 그 주장의 필요성이 존재하고, 그 주장의 방법이 상당할 것(관련성·필요성·상당성), (ii) 지적된 사실이 진실이라고 믿고, 그 믿음에 대한 합리적 근거가 존재할 것」을 요구한다. 따라서 명예훼손의 정도가 강한 경우에는, (ii)의 요건이 충족되지 않는다면, (i)의 사유가 존재할지라도 위법성이 조각되지 않지만, 그 정도가 미약할 경우의 명예훼손은 (i)의 사유만으로 위법성이 조각되게 된다<sup>32)</sup>.

## (2) 二說

그러나 이에 대해서 加藤新太郎은 다음과 같은 두가지에 관하여 의문을 제기하고 있다<sup>33)</sup>. 첫째, 이단계위법성조각사유설에 의하면, 고려하여야 할 요소

29) 東京高裁 昭和44.1.30, 大阪地裁 昭和35.3.7 등이 있다.

30) 6에서 7단계에 해당하는 예로서 東京地裁 昭和50.2.14, 東京地裁 昭和50.5.20 등이 있고, 7에서 8단계에 해당하는 예로서는 東京高裁 昭和42.7.19, 千葉地裁 館山支部 昭和43.1.25, 大阪地裁 昭和58.10.31, 大阪高裁 昭和60.2.26 등이 있다.

31) 鈴木重勝, 辯護士の民事責任, 278~282면.

32) 鈴木重勝, 民事責任における名譽毀損(中), 민사연수 369호, 1988, 23면에 의하면, 명예훼손의 정도가 강한 경우로서는 ① 범죄사실·징계처분사유 중 전체사회·부분사회에 있어서 유형의 법적 제재가 가하여지는 원인사실의 적시, ② 인간사회의 기초적 윤리질서의 파괴사실의 적시, ③ 전문적기능·지식, 공인자격을 필요불가결한 것으로 하는 특수한 직업의 종사자에 대하여 필요한 기능, 지식이 부족 내지 자질에 흠이 있다는 등의 사실의 적시를 그 예로 들고 있다.

33) 加藤新太郎, 앞의 책, 205~206면.

를 위법성조각사유로서 해석하고 있는 점이다<sup>34)</sup>. 따라서 이와 같이 해석한다면 소송의 상대방인 피고측이 (i)(ii)의 사유를 주장·입증하지 않으면 아니 되기 때문에 결국 명예훼손이라고 하는 청구원인에 대하여 그것이 '관련성·필요성·상당성이 있고, 진실성 또는 진실하다고 믿는 것과의 상당성이 있다'라고 항변하지 않으면 아니되는 결과가 발생한다. 그러나 이것은 적절한 재판의 확보를 위하여, 소송수행과정에 있어 자유로운 재판자료·증거자료의 제출이라고 하는 재판제도의 기본적 취지에도 어긋나는 것이다.

오히려 명예훼손의 진실을 추급하는 쪽에 '적시사실에 대한 관련성·필요성·상당성이 없고, 진실성 또는 진실하다고 믿는 것과의 상당성 없음'을 주장·입증하게 하는 것이 더욱 상당할 것이다. 따라서 결국 민사소송에 있어 명예훼손은 원칙적으로 위법성이 없고, 예외적으로 사회적으로 허용된 범위의 일탈이 명확한 때에 한하여 위법성이 조각되지 않는다고 함이 타당할 것이다<sup>35)</sup>.

판례를 보면 千葉地館山支判 昭和43.1.25<sup>36)</sup>는 「허위사실과 무관계의 사실

34) 鈴木重勝, 辯護士の民事責任, 297면에 의하면, 위법사유와 위법성조각사유의 구별은 실익이 없다고 하면서, 판례도 양자를 구별하지 않는다고 한다. 이에 대하여 加藤新太郎, 앞의 책, 208면 주23)에 이하면, 불법행위소송에서 통상 상당인과관계설에 의하면 위법사유도 위법성조각사유도 상관적 판단의 가운데에서 고려하여야 할 요소이기 때문에, 양자를 구별하지 않은 판례가 없다고는 말할 수 없지만, 그것이 적절한가에 대해서는 심히 의문이라고 하면서, 위법사유인가 위법성조각사유인가의 구별에 의해 주장·입증책임의 소재라고 하는 공격방어의 중요사항이 결정되기 때문에, 양자의 구별의 실익은 심히 크다고 한다.

35) 민사소송에 있어 소송행위에 의한 명예훼손에 대하여, 원칙적으로 위법하지 않다고 구성하는 것은 형사소송에 있어 논고의 중심이된 제3자의 명예·신용을 해하는 검찰의 진술의 위법성의 평가에 관하여 最判昭和60.5.17, 민집39권 4호 919면, 판례시보 1156호 59면도 적합성을 가지고 있다. 즉, 위의 판결은 「논고에 있어 제3자의 명예 또는 신용을 해하는 진술을 하고도, 논고의 목적, 범위를 현저히 일탈하고 또는 진술의 방법이 심히 부당하여 소송상 권리의 남용에 해당하는 등의 특단의 사정이 존재하지 않는 한, 이와 같은 진술은 정당한 직무수행으로서 국가배상법1조1항의 위법성을 조각한다」고 판시하고 있다. 또한 소송행위에 의한 명예훼손사례는 일반 명예훼손과는 구별하여, 소송행위라고 하는 관점에서 논의를 함이 상당하다고 하는 견해로서, 松井茂記, 名譽毀損判決の動向, 判例タイムズ558호 120면.

36) 판례시보 529호 65면. 본 건은 민사소송의 구두변론기일에 소송대리인인 변호사의 진술·준비서면제출에 의한 상대방소송대리인변호사에 대한 명예훼손을 인정한 판결이다.



을 악의를 가지고서 진술한 경우」에는 위법성을 조각하지 않는다. 또한 大阪 高判 昭和60.2.26<sup>37)</sup>은 「당초부터 상대방당사자의 명예를 해할 의도를 가지

[사실개요]

- (a) Y1변호사는 X변호사가 상대방 당사자의 소송대리인으로 되어 있는 소송(2건)에서 준비서면에 의해, 그 소송과 관계가 없는 이전에 X가 피고인으로 되었던 형사사건을 일부러 반복한 다음, 따로 Y1등이 X를 고소한 것(아래의 b)에 관해서도 위 형사사건과 관련시켜 서술하는 외에, 당해소송은 당사자 본인이 하고 있는 것이 아니며 대리인인 X가 자신의 이익을 위해서나 별건소송을 유리하게 이끌기 위해서 하고 있는 것이라든가, X는 소송 또는 소송 또는 소송 전의 단계에서 법률지식을 악용하여 문외한을 지휘하여 법률의 의표를 찌르는 모든 방도를 강구하고 있다는 등으로 서술하였다.
- (b) 또 Y1은 Y2를 대리하여 X의 2명을 사기, 기물손괴, 위증교사 등의 혐의가 있다고 하여 고소하고, 불기소처분 후에는 검찰심사회에 심사의 신청을 하였지만, 누구도 불기소되었다. 거기서 X(등)이 Y(등)에 대해 명예훼손에 의한 불법행위에 기초하여 (a)에 관해서 위자료 10만 엔(b)에 관해서 똑같이 합계 10만엔을 청구하였다.

[결론] 청구인용 (a)5만 엔 (b) 33,333엔(합계 10만 엔)

[판결요지]

- (a) 민사소송에 있어서의 진술의 명예훼손에 관하여 :
- a) 당사자주의 변론주의를 취하는 우리나라의 민사소송에 있어서는 쌍방당사자에게 자유롭게 주장, 공격방어방법을 다하게끔 할 필요가 있다. 따라서 꽤 강한 표현을 하고 경우에 따라서는 상대방의 명예를 침해하는 것과 같은 주장, 진술도, 그 소송에서 다투어지는 권리 또는 사실관계의 성부를 결정하는 것과 같은 중요한 쟁점에 관한 것이며 그 내용이 진실인 한 위법성을 조각한다. 그러나 상대방 본인이나 대리인에 대해 허위의 사실이나 그 소송에 관계없는 사실을 악의를 가지고서 진술하여, 이들의 명예를 침해하면 불법행위로 된다.
- b) Y1이 준비서면에 의해 진술한 사항에는 쟁점에는 관계없는 사실을 진술한다든가 X를 비방한다든가 하는 것이 있고, 변호사로서의 X를 어떻게든 악랄한 변호사로 인상지우려고 하고 있는 것으로, 그의 명예를 침해하고 있다. 위의 사실 및 X의 사회적 지위 등을 종합하면, X에 대한 위자료는 5만 엔이 타당하다.
- (b) 고소 및 검찰심사회에 대한 심사신청의 명예훼손에 관하여 :
- 고소 및 검찰심사회에 대한 심사신청은 국민의 권리이지만 그것에 의해 타인의 명예를 훼손하는 것이 예상되기 때문에, 충분한 조사를 하여 범죄의 혐의를 거는 데 충분한 합리적 객관적 근거를 확인하고 나서 고소나 심사신청을 하여야 할 것이다. 만약 이 주의의무를 태만히 하여 범죄의 혐의가 객관적으로 충분히 없음에도 고소 등을 하면 적어도 과실에 의한 명예훼손이 되어, 불법행위의 책임을 진다. 본건에서는 Y등의 X등에 대한 고소 등은 객관적으로 혐의가 충분치 않았기 때문에, 명예훼손의 불법행위책임을 진다.

37) 판례시보 1162호 73면. 본 공소심의 원심판결(大阪地判 昭和58.10.31, 判例時報

1105호 75면, 判例タイムズ519호 184면)은 다음과 같다. 별소(매매예약에 의한 소유권이전등기청구권가등기에 기초한 본등기 승낙 및 토지명도청구소송-일차소송, 진정명의회복을 원인으로 하는 소유권이전등기청구소송-2차소송)에 있어서 소송대리인인 변호사의 준비서면의 진술에 의한 상대방소송대리인인 변호사에 대한 명예훼손을 인정한 판례.

[사실개요] A(대표자 X3)는 X1·X2변호사를 소송대리인으로 하여 Y2등에 대해 가등기에 기한 소유권이전등기절차 등 청구소송을 제기하였던바, Y2등은 Y1변호사에게 위임하여 응소하였다. 그리고 Y2등은 Y1을 소송대리인으로 하여 A등에 대해 진정명의회복청구소송을 제기하였는데, A등은 동일하게 X1·X2에게 위임하여 응소하였다. Y1은 이 2건의 소송에 있어서 준비서면에 의해, 부동산의 이중매매에 있어서의 배신적 약의자 내지 공서양속위반의 주장을 하면서 X등을 횡령죄의 공모공동정범 내지 교사범, 방조범이라고 단정, 강조하였다. 거기서 X등이 Y등에 대해 위 진술에 의해 명예를 훼손당했다고 하여, 각 위자료 30만 엔, 변호사비용 5만 엔의 청구를 하였다.

[결론] Y1에 대한 청구인용(위자료로서 각 10만 엔), Y2등에 대한 청구기각

[판결요지]

- (a) 변론주의 당사자주의를 기초로 하는 민사소송법하에서는 당사자가 기탄없이 주장을 다하여야만 목적을 달성할 수 있는 것이며, 민사소송에 있어서의 주장행위는 일반의 언론활동 이상으로 강하게 보호되지 않으면 안된다. 특히 민사소송이 사인간의 분쟁 해결의 장으로, 이해관계나 개인적 감정이 첨예하게 대립하여 그 주장이 에스컬레이트하는 실상, 재판소의 소송지휘에 의해 적절한 변론활동으로서 이루어지고 있는 한, 꽤 넓은 범위에서 정당한 것으로서 위법성이 조각된다. 그러나 당초부터 상대방 당사자의 명예를 해하는 의도로 일부러 허위의 사실이나 사건과 관련성이 없는 사실을 주장하는 경우, 이러한 의도가 없더라도 주장의 표현내용, 방법, 주장의 태양 등이 현저히 적절성을 결한 비상식적인 것으로 상대방의 명예를 현저히 해하는 경우 등 변론활동의 내재적 제약을 넘어서서 사회적으로 허용되는 범위를 일탈한 것이 분명한 것은, 위법성이 조각되지 않고 불법해위책임을 면하지 못한다.
- (b) 이중매매에 있어서의 배신적 약의자 내지 공서양속위반의 주장은 그 성질상 어느 정도 상대방의 명예감정 등을 해하는 사실이 지적되는 것은 어쩔 수 없지만, 본건은 상대방 소송대리인인 변호사가 소송당사자와 공모하여 횡령의 목적으로 이중양도를 하여 범죄행위를 범했다고 단정을 한 것으로, 법률전문가인 Y1으로서 신중함을 결한 매우 부적절한 것일 뿐 아니라, X등의 항의에도 불구하고 수차례에 걸쳐 집요하게 반복해서 이루어진 비상식적인 것이기 때문에, 변론활동으로서의 내재적 제약을 넘어서서 사회적으로 허용되는 한도를 일탈한 위법한 것이다. Y1은 변호사로서 본건 주장이 현저히 부적절하면 X등의 명예를 훼손하는 위법한 행위임은 용이하게 인식할 수 있었기 때문에, 과실이 있었다.
- (c) 의뢰자인 Y2등은 본건과 같은 주장을 하도록 의뢰하지는 않고 있고, 각종 준비서면의 작성 진술은 Y1이 독자의 전문적 판단을 행한 다음 한 것이기 때문에, Y2에게는 불법행위책임은 없다.

고, 고의로 허위사실·관련성 없는 사실을 주장한 경우, 명예를 해할 의도가 없을지라도 상응하는 근거도 없이 소송수행상의 필요성을 뛰어넘어 현저히 부적절한 표현내용, 방법, 태양으로 주장하고, 상대방의 명예를 현저히 해한 경우」에는 위법성을 조각할 수 없다고 판시하였다. 京都地判 平成21.1.1838은 「주

(d) 손해액은 X등의 사회적 지위, 본건 위법행위의 태양 등에 비추어, 각자 10만 엔이 상당하다(변호사비용은 인정하지 않음).

38) 판례시보 1349호 121면. 가처분신청사건에 있어서 신청대리인인 변호사의 소명자료제출에 의한 상대방에 대한 명예훼손을 인정한 판례.

[사실개요]

(a) 케이스의 내용 : 원고 X등은, 가처분신청사건에 있어서 홍신소 작성의 보고서가 소명자료로서 재판소에 제출됨으로 인해 그 명예를 훼손당했다고 주장하는 자이다. 그와 같이 주장하는 X1내지 X3가, 보고서를 작성한 홍신소 Y1, 가처분신청사건의 신청인 Y2, 홍신소에 조사를 의뢰한 Y3 및 Y4, Y2의 대리인 변호사 Y5 내지 Y7을 피고로 하여, 손해배상(위자료) 각 1,000만 엔의 지급 및 사죄문서의 교부를 청구한 것이 본건 사안이다.

(b) 본 건 분쟁의 배경 : Y3(Y2 주식회사의 대표이사)는 그 누이 A와 함께 토지건물을 상속하여 이것을 Y2회사에 빌려주는 형식으로 여관을 경영하고 있었다. 그러나 A는, X3와 결혼을 전제로 교제를 깊이하게 되었던 소화 56년경부터, Y2회사에 대해 토지건물의 2분의 1의 공유지분권을 매입하도록 요구하였기 때문에, 그 협의가 행해지고 있었다. 그런데 A는 소화 57년 10월 위 매수가격의 합의에 도달하지 못하게 되자, 주권의 발행을 요구한다든가, 주식을 X3가 임원으로 근무하고 있는 B회사 관계자가 Y2회사를 방문하여 주권교부, 의사록 등의 열람을 강요한 일도 있었다. 그러한 A 및 B회사의 태도로부터 볼 때, A의 공유지분권이 B회사 등에 양도되어 여관업의 폐업을 강요당하게 되는 것이 아닌가라고 생각한 Y3등은, 변호사인 Y5내지 Y7에 대해 그 조치를 위임하고, 그때 홍신소인 Y1에게 의뢰하여 작성한 'X3, X1 및 B회사의 조사보고서' 3통을 맡겼다. Y5등은 Y2를 신청인, A를 피신청인으로 하여, A의 토지건물공유지분권처분금지의 가처분을 신청하고 보전의 필요성을 소명하는 자료의 하나로서 본선 조사보고서를 재판소에 제출하였다. 위 신청은 인용되어 처분금지의 가처분결정이 내려졌지만, A가 가처분이의의 신청을 하여 그 결과 위 가처분은 취소되었다. 또 이 가처분이의소송의 계속 중에 Y5등은 대리인을 사임하였다.

(c) X등의 주장 : X등의 주장은, 재판소에 제출된 보고서에는 '제3국인으로서의 입장을 이용하여 교묘하게 돈벌이를 계속해 왔다'는 등의 X등을 비방증상하는 차별적 기재가 있는 것 이외에, 명예·신용을 훼손하는 다수의 사항이 포함되어 있어, 정신적 고통을 느꼈다고 하는 것이다. 그리고 ①변호사 Y5내지 Y7은 본건 조사보고서가 X등의 명예·신용을 훼손하는 것임을 알면서 소명자료로 재판소에 제출하고, ②Y2내지 Y4는 본건 조사보고서가 X등의 명예·신용을 훼손하는 것임을 알면서 Y5등에게 교부하고, ③홍신소 Y1은 본건 조사보고서가 재판에 증거 등으로 이용됨을 알거나 알 수 있었음에도 과실로 알지 못하고 Y2등에게 교부하고, 또는 제3자의 눈에 띄어 내

용이 전파함을 사후적으로 인용하고 있었다는 등, 불법행위의 고의 과실이 있었다고 주장하였다.

- (d) Y등의 반론 : Y등은 본건 조사보고서의 기재내용이 X등의 명예·신용을 훼손하는 것은 아니라고 다투었다. 나아가 ①Y5등은, 본건 조사보고서는 A가 토지건물의 공유지분권을 양도할 가능성이 있는 것 및 양도에 의한 여관영업에의 타격을 분명하게 하는, 보전의 필요성이 소명자료로서 필요불가결한 것이었으며, 그 제출행위에 X등의 명예훼손의 의도는 없고, 내용방법이 현저히 적절함을 결해 사회적으로 허용되는 범위를 일탈한 것이 명백한 경우도 아니기 때문에, 정당한 변론활동으로서 위법성이 조각된다고 반론하였다. 또 ②Y2등은, 본건 조사보고서의 제출은 대리인인 Y5등의 판단에 의해 행해진 것이기 때문에, 자신들에게 고의, 과실은 없다는 취지를 주장하고, ③Y1은 본건 조사의뢰의 취지는 결혼조사이며 성실상 공연성을 지니지 않고, 공표하지 않음을 조건으로 하고 있었으며, 재판소예의 보고서 제출을 승락한 일도 없다는 취지, 본건 보고서의 의 하였다.

[판결요지]

- (a) 본 판결은 홍신소 Y1및 당사자인 Y2내지 Y4의 책임은 부정하였지만, 변호사인 Y5 내지 Y7의 책임은 긍정하여 위자료 각 30만 엔의 지급을 인정하였다. 또 사죄문서를 X등에게 교부하는 것은 명예·신용의 회복수단으로서는 의미가 없기 때문에, 동 청구는 타당치 못하다고 판단하였다.
- (b) 이유 :
- a) 본건 조사보고서의 기재가 X등의 명예·신용을 훼손한다고 할 수 있는가.
  - i) 제3국인이라는 단어를 포함하는 기재는 어두운 이미지를 수반하는 사용례로 연결되며 X 및 그 경영하는 회사가 전후 비합법인 암시장을 지배한다고 하는 반사회적인 방법에 의해 이익을 거두어왔다는 인상을 줄지도 모르기 때문에, X1·X2의 명예를 훼손하는 것이다.
  - ii) 본건 보고서 기재의 일부는, X1회사가 업적부진으로 부정행위를 행하는 불량회사의 인상을 주는 것, X2가 그늘진 곳에서 부정행위를 행하는 성격불량의 악인이라는 인상을 주는 것, X3가 미숙하고 경제력이 부족한 호색한이라는 인상을 주는 것으로, X1내지 X3의 명예·신용을 훼손하는 것이라고 인정된다.
  - iii) 특정의 문서는, 가처분신청사건의 소명자료로서 재판소에 제출되면 그 내용이 제3자에게 전파될 가능성이 있기 때문에, 공연성이 있다고 할 수 있다.
  - b) 정당한 변론활동으로서 위법성이 조각되는가.
  - i) 당사자의 주장·입증·소명활동은 일반의 언론활동 이상으로 보호되어야 하는 것이며, 객관적으로는 타인의 명예를 훼손하고 있는 경우라 할지라도, 그 활동의 지나침은 대립당사자의 반론, 재판소의 소송지휘, 증거 또는 소명자료의 불채용결정에 의해 시정되는 것이기 때문에, 꽤 넓은 범위에서 정당한 변론활동으로서 위법성이 조각된다. 그러나 주장·입증·소명활동의 표현내용·태양·방법, 표현내용의 진실성, 주장내용의 관련성, 다른 증서·소명자료의 대체성 등을 종합 판단하여, 사회적으로 허용되는 범위를 일탈한 것이 명백하다고 인정되는 경우에는 위법성이 조각되지 않는다.
  - ii) 본건에서의 조사보고서 3통 가운데 2통에 관해서는, 명예훼손부분의 대부분이 진실임

장·입증·소명활동의 표현내용·태양·방법, 표현내용의 진실성, 주장내용의 관련성, 다른 증거·소명자료의 대체성 등을 종합판단하여 사회적으로 허용된 범위를 일탈한 것이 명확하다고 인정되는 경우」에는 위법성을 조각하지 못한다고 하였다. 이상에 의하면 판례는 위법성을 조각하지 않는 요소 내지 위법사유 즉, 위법성평가근거사실을 잘 나타내고 있다.

둘째, 위법성을 단계적으로 구분하고, 그것과 관련하여 분석된 관련성·필요성·상당성·진실성의 관계에 대하여 의문을 가지고 있다. 즉, 위법성에도 정도가 있다는 것은 일반적인 것이지만, 그 정도가 현저한 경우를 제외하고, 그렇지 않은 경우에는 나머지 세가지의 요소를 충족시키는 경우에도 위법성이 존재하지 않는다고 하는 것이 타당한 것인가라고 의문을 제시한다.

이와 같이 加藤新太郎은 鈴木重勝의 이단계위법성조각사유설에 대하여, 위법성의 강도를 단계적으로 파악하는 입장에 대해서는 찬성을 하면서, 이른바 관련성·필요성·상당성·진실성 상호간의 관계는 다음과 같이 이해되어야 한다고 주장한다. 즉, ① 소송행위로서 명예훼손적 주장이 진술되었더라도, 요증사실과 관련사실을 가지고, 주장의 필요성이 있으며, 주장방법도 상당한 경우에

---

을 입증할 수 없는 근거가 박약한 것이고, 가치분사건에 있어서의 소명자료라는, 이의 소송이 이루어지기 전까지는 상대방의 반론이 불가능한 형태로서의 제출이며, 그 내용으로부터 살펴보면 본건의 필요성을 구체적으로 기초지우는 사실과의 관련성에 의문이 있을 뿐 아니라, 달리 관련성이 깊은 소명자료가 존재하기 때문에, 전기 ①과 같은 사정을 본건 조사보고서 가운데 X3에 관한 1통의 제출과 관련해서는 정당한 변호활동으로서 위법성이 조각된다.

- c) 본건 보고서의 진실성이 Y1의 책임을 조각하는가. Y1의 본건 보고서의 진실성의 주장은, 공공성 공익목적성에 관해 아무런 주장·입증이 행해지지 않았기 때문에 이유가 없다.
- d) Y등 모두에게 손해배상책임을 물을 수 있는가.
- i) Y5내지 Y7에게는 X등의 명예훼손에 대해 과실이 있어, 불법행위 책임을 면하지 못한다.
- ii) 당사자인 Y2와 Y3 Y4에게는 본건 보고서를 Y5등에게 교부한 것만으로는 명예훼손에 대해 고의가 있었다고는 할 수 없고, 이것이 소명자료로서 재판소에 제출되는 점에 대한 예견가능성은 있었지만 변호사의 전문적·재량적 판단에 맡겨도 무방하며 변호사의 활동에 관한 감시의무는 없기 때문에 과실이 있다고는 할 수 없다.
- iii) 홍신소인 Y1은, 본건 조사보고서가 재판의 소명자료로 사용됨은 알거나 또는 알 수 있었다고는 인정되지 않아, 과실이 있다고는 할 수 없다.

는, 당해 주장이 입증 불가능하더라도 어느 정도의 진실성은 결여될 지라도 위법성은 없다. ② 소송행위로서 명예훼손적 주장이 진술되었는데 요증사실과 관련성이 없고, 주장의 필요성도 없으며, 주장방법도 상당하지 못한 경우에는, 당해 주장이 입증가능하다 하더라도 즉, 진실성이 있다 하여도 위법성이 존재한다. ③ 소송행위로서 명예훼손적 주장이 진술되었는데 요증사실과 관련성이 있는지의 여부, 주장의 필요성이 있는지의 여부가 미묘하며, 주장방법도 곧바로 불상당하다고 할 수 없는 경우에는, 당해 주장이 입증가능한지의 여부 즉, 진실성 여부에 의해 위법성이 결정된다<sup>39)</sup>.

### (3) 三說

이와 같은 학설들과는 달리, 종래의 판례의 분석에 의하여 변론활동 등에 의한 명예훼손의 경우에는 원칙적으로 위법성이 조각되며 오히려 예외적인 경우에만 위법성이 인정된다고 한다. 즉, 판례는 ① 당초부터 상대방의 명예를 해할 의도로 굳이 허위의 사실이나 당해 사건과 전혀 관련성이 없는 사실을 주장하는 경우, ② 그러한 의도가 없더라도 주장의 표현내용, 방법, 주장의 태양등이 현저히 적절함을 결하는 비상식적인 것이어서 상대방의 명예를 현저히 해하는 경우에만 위법성을 인정하고 있다는 것이다.

그리고 그 가운데에서 ②의 기준은 그 판단이 적절으로 법관의 재량에 맡겨지게 되어 이른바 '자유롭고 기탄 없는 공격방어'의 실현에 꼭 필요한 예측과 검증능을 불가능하게 하므로 변론활동의 위법성 판단을 위한 기준으로서는 적절치 못하다고 비판하면서, 오직 위의 ①의 기준에 따라서만 위법성을 인정할 것을 주장한다<sup>40)</sup>.

### (4) 整理

위법성은 주장·입증·소명활동의 표현내용·태양·방법, 표현내용의 진실성, 주장내용의 관련성, 다른 증거·소명자료의 대체성 등을 종합 판단하여, 사

39) 加藤新太郎, 앞의 책, 206면.

40) 中島秀二, 辯論による名譽毀損, 判例タイムズ 841호, 1994.6.1, 49면·57면.

회적으로 허용된 범위를 일탈하였다고 인정되는 경우 조각되지 아니한다. 즉, 위법성의 판단에 대하여 민사소송에 있어 어느 정도의 명예훼손은 원칙적으로 인정된다.

다시 말하면 변호사는 변론활동에 있어서 내재적 제약이 있음을 상기하여야 함은 물론이고, 상대방 당사자의 명예를 훼손 할 가능성이 있는 주장·입증 등을 하지 않으면 아니되는 경우에도, 관련성, 필요성, 상당성, 진실성, 대체성 등을 충분히 배려하지 않으면 아니된다<sup>41)</sup>.

#### 4. 事實의 立證責任의 分配

이상과 같이 변론활동 등에 의한 명예훼손에 있어서의 위법성문제와 관련하여 일본의 학자들이 제시하는 기준에 관해 살펴보았다. 그리고 여기서의 관련성·필요성·상당성·진실성·가해자의 의도라고 하는 기준들을 충족시키는 사실의 입증책임의 문제가 등장하게 되는데, 이 문제 역시 위의 학설대립에 따라 그 결론을 달리하게 된다. 즉, 제1설은 이를 위법성조각사유로 파악하여 가해자인 변호사나 당사자 즉, 명예훼손을 이유로 한 손해배상청구소송의 피고가 입증책임을 부담한다<sup>42)</sup>고 하는 반면, 제2설과 제3설은 변론활동 등에 의한 명예훼손의 경우에는 원칙적으로는 위법성이 조각되며 오히려 예외적인 경우에만 위법성이 인정되는 구조를 취한다고 보아야 하므로, 오히려 이러한 사유들의 결여가 적극적인 위법성 인정사유에 해당하고 따라서 피해자가 그 입증책임을 부담한다<sup>43)</sup>고 주장한다.

#### 5. 依頼人の 責任과의 關係

소송대리인인 변호사가 작성한 문서 가운데 상대방의 명예를 훼손하는 사실이 기재되고 그것이 법정에서 진술된 경우, 그 책임의 주체는 소송대리인인 변

41) 加藤新太郎, 앞의 책, 213면.

42) 鈴木重勝, 辯護士の民事責任, 279-280면.

43) 加藤新太郎, 앞의 책, 204-205면; 中島秀二, 앞의 논문, 54-55면.

호사인가 아니면 소송의 의뢰인이 그 배상의 주체인가 하는 문제가 있다.

우선, 변호사의 행위가 의뢰자의 행위와 등가치한 것이라고 평가할 수 있는가에 대하여, 판례를 살펴보면, 부정설과 긍정설로 나뉘어져 있다.

판례는, 일반적으로 변호사는 법률전문가로서 수임자라고 하는 독립된 지위를 갖고, 위임의 취지에 반하지 않는 범위 내에서 상당히 폭 넓은 재량권을 가지고 행동하는 것이 허용되어 있기 때문에, 변호사가 의뢰인에게서 구체적인 지시를 받고서 행동한 경우가 아닌 한, 일반적으로 수임자인 변호사의 행위를 위임자의 행위라고 동일시한다는 것은 상당하지 않다고 판시<sup>44)</sup>하여, 의뢰인의 책임을 부인하고 변호사의 책임만을 긍정하였다. 학설 역시 변호사의 직무의 독립성을 중시하여, 이러한 판례의 입장을 지지하고 있다<sup>45)</sup>.

이와는 달리 또한 판례는, 의뢰인이 변호사에 대하여 고지한 사실이 답변서에 기재되어 법원에 제출될 것이라고 예견하였기 때문에, 변호사가 답변서를 작성제출한 행위를 의뢰인의 행위로서 평가할 수 있다라고 판시<sup>46)</sup>하여, 의뢰인의 책임을 긍정한 예도 있다<sup>47)</sup>.

결국 이는 변호사직무의 독립성과 의뢰자의 지시에 대한 구속과의 관계를 어떻게 파악할 것인가 하는 것이다. 이와 같이 변호사단독책임설이 다수의 판례를 형성하고 있고, 이것은 변호사의 직무의 독립성을 중요시하는 것이기 때문에 일견 상당성이 있다<sup>48)</sup>. 변호사의 직무의 독립성을 중요시한다면, 변호사

44) 福岡地判 昭和63.11.29, 判例時報1318호 96면, 判例タイムズ697호 248면; 大阪地判 昭和 35.3.7, 判例タイムズ107호 67면; 大阪地判 昭和58.10.31, 判例タイムズ519호 184면; 京都地判 平成2.1.18, 判例タイムズ723호 151면, 判例時報 1349호 121면.

45) 加藤新太郎, 앞의 책, 210면; 中島秀二, 앞의 논문, 61면.

46) 東京地判 昭和45.7.17, 判例時報616호 83면, 判例タイムズ256호 229면.

47) 鈴木重勝, 앞의 논문, 285면에 의하면, 東京地判 昭和45.7.17는, '명예훼손의 위법성 조각이 인정되고 있기 때문에, 의뢰자본인의 책임이 현실화되어 있지 않지만, 위법성조각이 인정되지 않는다면, 당연히 의뢰인 본인의 책임을 인정하게 될 것이다'라고 한다.

48) 加藤新太郎, 앞의 책, 140면; 鈴木重勝, 앞의 책, 9면. 谷口安平, 辯護士と法・事實—民事訴訟における辯護士の役活, 민상법잡지 34호, 1988, 3면에 의하면, 이념형으로서의 변호사와 당사자본인과의 관계에 대하여, 변호사는 당사자의 대리인이지만, 그의 지위는 본인과 동일시해서는 아니되고, 또한 변호사는 사법기관의 일부로서 인식



의 행위가 의뢰인의 행위와 등가치한 것이라고 평가할 수 없게 되기 때문에, 변호사과오책임에 대하여 의뢰자는 책임을 부담할 필요는 없게 된다<sup>49)</sup>. 그러나 의뢰인이 부당한 의도하에, 예를 들면 상대방 당사자의 인격권을 침해하는 결과를 초래하는 소송행위에 관해 일정한 지시를 한 경우에는, 의뢰인도 고유의 책임을 부담한다고 해석함이 타당하다<sup>50)</sup>.

## V. 結論

이상과 같이 일본에서의 부당집행·부당제소·명예훼손에 관한 이론과 판례의 검토를 중심으로 변호사의 제3자에 대한 책임에 관하여 비교법적 고찰을 시도하였다.

이와 같이 일본에서는 변호사책임에 있어 우리와는 의무의 인식의 차이에 의하여 다양한 이론이 제시되고 있음을 알 수 있다. 이를 통하여 우리는 변호

---

을 하여서도 아니된다. 법률전문가로서 변호사는 중간적인 독자의 입장에서 소송에 관여한다고 해석해야 한다고 하고 있다. 결론적으로 谷口安平 교수의 입장은 加藤新太郎의 견해와 일치한다.

이와 같이 변호사의 직무의 독립성을 중시하는 것은 보편성이 보여진다. 예를들면 ABA의 Model Rule 1.2(대리의 범위)의 코멘트에서는, 「의뢰인의 견해·행동에서 독립」이라고 하는 항목에서, 「의뢰자를 대리하는 것은, 의뢰인의 견해 또는 행동에 동조하는 것이 아니다」라고 하고 있다. 또한 更田義彦 역, フランス諸辯護士會の慣例集草案, 辯護士倫理の比較法的研究, 일본평론사, 1986, 91면에 의하면, 프랑스에서도, 제변호사회관례집초안 394에서 「변호사는 어떠한 자에 대해서도, 특히 의뢰인에 대해서, 독립성을 유지할 의무를 부담한다. 변호사는 법원에 제출하는 입론을 자유롭게 하는 것이 가능하다」라고 하고 있다.

49) 加藤新太郎, 앞의 책, 185면에 의하면, 무엇보다도 의뢰자의 사용자책임의 성부에 대해서는 별개의 문제로 삼아야 하고, 또한 加藤新太郎은 변호사·의뢰인 관계를 사용자관계로 규정하는 것에 대하여 소극적인 해석을 하고 있다.

50) 加藤新太郎, 앞의 책, 210면. 그리고 그러한 경우 변호사는 법률전문가로서 의뢰인에게 적절한 조언을 하고 상대방 당사자의 인격권 침해를 초래하는 것과 같은 부당한 소송행위를 회피하도록 노력할 의무가 있기 때문에, 그것을 태만히 한 사실관계가 존재한다면 자신의 책임을 면할 수 없다고 한다.

사의 주의의무의 고도화에 의하여 일정한 범위의 제3자 보호범위의 확대가 피하여지고 있다는 것을 알 수 있다.

부당제소와 관련하여 청구원인이 없음을 알았거나 알 수 있었음에도 불구하고 소를 제기하거나, 허위사실에 기초하여 형사고소 내지 고발을 하여 상대방으로 하여금 재산적·정신적 손해를 입힌 경우에는 변호사에게 불법행위책임이 인정된다. 판례는 '고의 또는 중대한 과실'이 인정되는 경우에 한정하여 부당제소가 권리의 남용이 된다고 한다<sup>51)</sup>. 그러나 변호사 업무의 공공성<sup>52)</sup>을 상기할 때 부당제소의 경우에는 일반당사자의 경우보다도 불법행위의 성립을 쉽게 인정하여야 할 것이다.

나아가 의뢰인의 부당제소 여부를 적극적인 질문을 통하여 판단할 의무가 있다고 보아, 설사 의뢰인의 허위진술을 믿고 제소나 고소·고발을 한 경우라도 적극적인 질문을 하여 사전조사를 아니한 경우에 대한 과실인정여부에 관하여, 아직 변호사책임과 관련된 우리나라 판례는 발견되지 않고 있으나, 학설은 변호사의 공익적 지위를 근거로 적극적 질문을 하지 않은 변호사에 대하여, 과실을 인정하여야 한다고 한다<sup>53)</sup>.

참고로 제소와 관련된 것은 아니지만 사전조사의무와 관련한 판례가 있다. 이는 제3자에 대한 변호사의 주의의무의 정도설정과 깊은 관련이 있다. 판례는 등기에 필요한 서류를 위조하여 이전등기신청사무를 위임하는 자가 목적부동산의 진정한 소유자인지를 확인하지 아니하고 그 위임사무를 수행한 변호사에게, 그 이전등기에 의하여 소유권을 일단 취득한 자에게 돈을 대여하면서 근저당설 정등기를 마쳤으나 채무자의 소유권이전등기가 원인무효로 말소되면서 근저당권을 상실한 제3자가 그로 인하여 입은 재산상의 손해에 대한 배상책임을 인정하였다<sup>54)</sup>.

51) 대판 1965.2.16, 64다1536(카1982)에 의하면, 피고소인이 고소한 혐의사실로 인하여 구속기소 되었다가 무죄의 확정판결을 받은 사실이 있다 하더라도, 고소가 권리의 남용이었다고 인정되는 '고의 또는 중대한 과실'에 의한 것이 아닌 이상 불법행위라고 할 수 없다고 한다.

52) 변호사법 제2조.

53) 김천수, 한국의 변호사책임론, 변호사책임론, 한림과학원총서55, 1998, 402면.

54) 대판1990.12.7, 90다카27396.

명예훼손과 관련하여 변호사가 직무수행상의 정당성의 범위를 넘어서서 상대방 기타 제3자의 명예를 훼손하는 경우에 불법행위책임이 인정될 것이다.

부당집행과 관련하여 변호사에게 고의나 과실이 있는 경우, 이로 인하여 피해를 입은 제3자에 대하여 변호사는 불법행위책임을 부담한다.

현재의 우리의 법현실에서 이러한 논의가 어느정도의 실익이 존재할지는 정확하게 알 수 없으나, 국민들의 법의식의 고양과 법치주의의 확산으로 인하여 앞으로 이러한 소송이 늘어날 것이라고 볼 때 새로운 우리의 이론정립이 절실히 요구된다.